

**Die Anrechnung der Untersuchungshaft  
nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch**

DISSERTATION  
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines  
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von  
PHILIPPE RUEDIN  
von Le Landeron NE

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Peter Noll



Digitized by the Internet Archive  
in 2026



**Die Anrechnung der Untersuchungshaft  
nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines  
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PHILIPPE RUEDIN

von Le Landeron NE

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Peter Noll

Verlag Rügger CH-8253 Diessenhofen 1979

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät  
gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender  
Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen  
Anschauungen Stellung zu nehmen

Zürich, den 30. Mai 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



© Verlag Rüegger C H-8253 Diessenhofen 1979

ISBN 3 7253 0098 4

## INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                                           |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Abkürzungsverzeichnis                                                                     | IX   |
| Literaturverzeichnis                                                                      | X    |
| Zur Einführung                                                                            | XVII |
| 1. Kapitel                                                                                |      |
| <u>Die Untersuchungshaft</u>                                                              | 1    |
| 1. Abschnitt                                                                              |      |
| <u>Begriff der Untersuchungshaft</u>                                                      | 1    |
| § 1 Allgemeines                                                                           | 1    |
| § 2 Der Begriff der Untersuchungshaft nach den<br>schweizerischen Strafprozessgesetzen    | 2    |
| I. Allgemeine Begriffsbestimmung                                                          | 2    |
| II. Die Unterscheidung "Untersuchungshaft -<br>Sicherheitshaft"                           | 4    |
| 1. Die Bedeutung der Unterscheidung für die<br>Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft | 4    |
| 2. Das Ungenügen des Haftzwecks als Unter-<br>scheidungskriterium                         | 4    |
| 3. Die massgebenden Unterscheidungskriterien                                              | 5    |
| a) Die Einteilung nach Verfahrensstadien                                                  | 5    |
| aa) Die tatsächliche Beendigung der<br>Untersuchungstätigkeit                             | 6    |
| bb) Die formelle Beendigung der Unter-<br>suchung                                         | 6    |
| cc) Der Eingang der Anklageschrift beim<br>Gericht                                        | 6    |
| dd) Das erstinstanzliche Urteil                                                           | 7    |
| b) Die Einteilung nach dem Haftzweck                                                      | 7    |
| aa) Kollusionshaft - Fluchthaft                                                           | 7    |
| bb) Gerichtspolizeilicher - sicherheits-<br>polizeilicher Freiheitsentzug                 | 8    |
| § 3 Der Begriff der Untersuchungshaft in der Rechts-<br>literatur                         | 8    |
| I. Zur Problematik einzelner Definitionsversuche                                          | 8    |
| II. Vorschlag einer Begriffsdefinition                                                    | 9    |
| § 4 Der Begriff der Untersuchungshaft nach dem<br>Schweizerischen Strafgesetzbuch         | 10   |
| I. Allgemeines zur Legaldefinition von Art.<br>110 Ziff. 7 StGB                           | 10   |
| 1. Die Notwendigkeit einer selbständigen<br>Begriffsbestimmung                            | 10   |

|                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Definition                                   | 11 |
| 3. Untersuchungshaft und Sicherheitshaft im engeren Sinne                              | 12 |
| a) Die herrschende Lehrmeinung                                                         | 12 |
| b) Die Interpretationsmöglichkeiten des französischen und italienischen Gesetzestextes | 13 |
| c) Der aus der Entstehungsgeschichte hergeleitete Sinn der Unterscheidung              | 14 |
| II. Die in einem Strafverfahren verhängte Haft                                         | 15 |
| 1. Untersuchungshaft und ordentlicher Strafvollzug                                     | 16 |
| 2. Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafantritt                                      | 16 |
| a) Formen des vorzeitigen Strafantritts                                                | 16 |
| b) Wirkungen                                                                           | 17 |
| c) Vorzeitiger Strafantritt und Unterbringung in eine Anstalt                          | 18 |
| aa) Wesen der Unterbringung                                                            | 18 |
| bb) Abgrenzungskriterien                                                               | 19 |
| 3. Untersuchungshaft und Sicherheitshaft gemäss Art. 375 Abs. 1 StGB                   | 20 |
| a) Allgemeines zur Unterscheidung                                                      | 20 |
| b) Der Begriff des "letzten Urteils"                                                   | 21 |
| aa) Die Auffassung Leuchs                                                              | 21 |
| bb) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung                                              | 22 |
| cc) Die Notwendigkeit, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu präzisieren            | 23 |
| dd) Die Vollstreckbarkeit des Urteils als Unterscheidungskriterium                     | 23 |
| c) Die Unterscheidung im einzelnen, insbesondere im Rechtsmittelverfahren              | 25 |
| aa) Ordentliches Rechtsmittel mit Suspensiveffekt                                      | 25 |
| bb) Ausserordentliche Rechtsmittel                                                     | 26 |
| cc) Nachträgliches Einreichen eines Rechtsmittels                                      | 27 |
| dd) Verzögerungen beim Strafantritt                                                    | 27 |

|                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| d) Hinweise auf Mängel bei der Rechtsanwendung                                               | 27 |
| 4. Die einzelnen Haftgründe                                                                  | 28 |
| a) Die Haftgründe der Flucht- und Kollusionsgefahr                                           | 28 |
| aa) Erscheinungsformen                                                                       | 28 |
| bb) Anrechenbarkeit                                                                          | 29 |
| b) Der Haftgrund der Fortsetzungsgefahr                                                      | 29 |
| aa) Begriff, Einordnung                                                                      | 29 |
| bb) Anrechenbarkeit                                                                          | 30 |
| c) Die Haftgründe der öffentlichen Erregung und der Deliktsschwere; die Schutzhaft           | 31 |
| aa) Begriff, Erscheinungsformen                                                              | 31 |
| bb) Anrechenbarkeit                                                                          | 32 |
| 5. Polizeihaft                                                                               | 32 |
| a) Begriff                                                                                   | 32 |
| b) Bedeutung                                                                                 | 33 |
| c) Anrechenbarkeit                                                                           | 34 |
| 6. Auslieferungshaft                                                                         | 34 |
| a) Begriff                                                                                   | 34 |
| b) Auslieferungshaft zum Zwecke der Strafuntersuchung; Anrechenbarkeit                       | 34 |
| c) Auslieferungshaft zum Zwecke des Strafvollzugs; Anrechenbarkeit                           | 36 |
| d) Der interkantonale Vollzug von Haft- und Zuführungsbefehlen                               | 37 |
| 7. Durch militärgerichtliche Behörden angeordnete Haft                                       | 37 |
| a) Die Verschiedenheit von haftverfügender und untersuchungsführender Behörde im allgemeinen | 37 |
| b) Im Verhältnis bürgerlicher und militärischer Gerichtsbarkeit                              | 38 |
| 8. Die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt oder in ein Spital                         | 39 |
| a) Einweisungsgründe                                                                         | 39 |
| b) Die Einweisung zum Zwecke der Begutachtung                                                | 39 |
| aa) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung                                                    | 39 |
| bb) Kritik                                                                                   | 40 |

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| c) Die Einweisung zur Pflege                                                     | 41 |
| 9. Die administrative und vormundschaftliche Versorgung                          | 42 |
| a) Die Ersatzfunktion der Versorgungen                                           | 42 |
| b) Begriff                                                                       | 43 |
| c) Abgrenzung zur Untersuchungshaft                                              | 43 |
| d) Anrechenbarkeit                                                               | 44 |
| 10. Begriff der Haft                                                             | 44 |
| a) Im üblichen Sprachgebrauch                                                    | 44 |
| aa) Verhaftung und Festnahme                                                     | 44 |
| bb) Haft                                                                         | 45 |
| b) Nach Art. 110 Ziff. 7 StGB                                                    | 45 |
| aa) Die Abgrenzungsfunktion des Begriffs                                         | 45 |
| bb) Haft = Einsperrung oder Festhalten an einem bestimmten Ort                   | 46 |
| cc) Die minimale Dauer                                                           | 49 |
| c) Vorführung und Haft                                                           | 49 |
| aa) Begriff, Arten                                                               | 49 |
| bb) Abgrenzung zur Haft                                                          | 50 |
| d) Anhaltung und Haft                                                            | 51 |
| 11. Zusammenfassung: Definition der Untersuchungshaft nach Art. 110 Ziff. 7 StGB | 52 |
| <br>2. Abschnitt                                                                 |    |
| <u>Die Realität der Untersuchungshaft</u>                                        | 54 |
| § 1 Statistische Hinweise                                                        | 54 |
| § 2 Negative Auswirkungen der Untersuchungshaft                                  | 55 |
| I. Auswirkungen auf den Betroffenen                                              | 55 |
| 1. Psychische Auswirkungen                                                       | 55 |
| 2. Gefahren für die Wahrheitsfindung                                             | 57 |
| II. Auswirkungen auf Dritte                                                      | 58 |
| 1. Zeugen und Sachverständige                                                    | 58 |
| 2. Das erkennende Gericht                                                        | 59 |
| III. Konsequenzen für die Anrechnung der Untersuchungshaft?                      | 59 |
| <br>2. Kapitel                                                                   |    |
| <u>Die Anrechnung der Untersuchungshaft</u>                                      | 62 |
| 1. Abschnitt                                                                     |    |
| <u>Der Grundsatz der Anrechnung</u>                                              | 62 |

|                                                                                                                                            |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 1 Sinn und Zweck des Art. 69 StGB                                                                                                        | 62 |
| I. Methodische Vorbemerkung                                                                                                                | 62 |
| II. Zur Geschichte des Art. 69 StGB                                                                                                        | 63 |
| 1. Die kantonalen Gesetzbücher                                                                                                             | 63 |
| 2. Die Entwürfe zum Schweizerischen<br>Strafgesetzbuch                                                                                     | 64 |
| 3. Das Schweizerische Strafgesetzbuch                                                                                                      | 64 |
| III. Die verschiedenen Interpretationen von<br>Art. 69 StGB                                                                                | 65 |
| 1. Die verfassungsmässige Interpretation<br>nach Schubarth                                                                                 | 65 |
| a) Die Rechtfertigung der Untersuchungs-<br>haft aus der nachfolgenden Straftat                                                            | 65 |
| b) Kritik                                                                                                                                  | 66 |
| 2. Die Verhinderung absichtlich herbeige-<br>führter oder verlängerter Untersuchungs-<br>haft als Zweck der Nichtanrechnung<br>(Dubs u.a.) | 68 |
| a) Die nunmehr herrschende Lehrmeinung                                                                                                     | 68 |
| b) Kritik                                                                                                                                  | 69 |
| 3. Art. 69 StGB als Billigkeitsnorm<br>(Bundesgericht)                                                                                     | 72 |
| 4. Art. 69 StGB als Entschädigungsnorm<br>für rechtmässige Eingriffe des Staates                                                           | 73 |
| 5. Zusammenfassung                                                                                                                         | 74 |
| IV. Die Problematik der Anrechnung der Unter-<br>suchungshaft                                                                              | 75 |
| § 2 Grundsätzliches zur Anrechnung                                                                                                         | 77 |
| I. Das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme                                                                                               | 77 |
| II. Die Anrechnung durch den Richter                                                                                                       | 77 |
| III. Zeitpunkt und Wirkung der Anrechnung                                                                                                  | 78 |
| IV. Die Anrechnung unrechtmässiger Haft                                                                                                    | 79 |
| 2. Abschnitt                                                                                                                               |    |
| <u>Der Ausschluss der Anrechnung</u>                                                                                                       | 80 |
| § 1 Allgemeines                                                                                                                            | 80 |
| I. Kausalität                                                                                                                              | 80 |
| II. Pflichtwidrigkeit                                                                                                                      | 81 |
| III. Vorwerfbarkeit                                                                                                                        | 81 |
| § 2 Die Versagungsvoraussetzungen im einzelnen                                                                                             | 82 |
| I. Kausalität                                                                                                                              | 82 |

|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Das Nichtgenügen der strafrechtlichen Kausalitätstheorien                      | 82 |
| 2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Kausalität im Sinne von Art. 69 StGB | 83 |
| a) Bei Konkurrenz von abstrakten und konkreten Haftgründen                        | 83 |
| b) Bei mittelbarer Verursachung der Haft                                          | 84 |
| c) Bei der Haftverlängerung                                                       | 84 |
| d) Feststellbarkeit der Kausalität                                                | 85 |
| 3. Die massgebliche Kausalitätsform                                               | 85 |
| a) Die an die Kausalitätsform zu stellenden Anforderungen                         | 85 |
| b) Die conditio-sine-qua-non-Formel in ihrer unmodifizierten Fassung              | 86 |
| 4. Die Beschränkung der relevanten Ursachen                                       | 87 |
| a) Das Verhalten nach der Tat bzw. in der Strafuntersuchung                       | 87 |
| b) Kumulative Kausalität                                                          | 88 |
| c) Die Beschränkung auf die einwandfrei feststellbare Kausalität                  | 89 |
| II. Pflichtwidrigkeit                                                             | 90 |
| 1. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung                                          | 90 |
| 2. Die Erwähnung des Verschuldens in der früheren Literatur und Judikatur         | 91 |
| 3. Inhalt und Bedeutung des objektiven Pflichtverstosses                          | 92 |
| III. Vorwerfbarkeit                                                               | 95 |
| § 3 Die Versagungsgründe                                                          | 96 |
| I. Haftherbeiführende Verhaltensweisen                                            | 96 |
| 1. Flucht- und Fluchtversuche                                                     | 96 |
| a) Indizien für die Annahme von Fluchtgefahr                                      | 96 |
| aa) Umstände der Tat                                                              | 96 |
| bb) Person                                                                        | 97 |
| cc) Soziale Bindungen, Lebensweise                                                | 97 |
| dd) Vorleben                                                                      | 97 |
| ee) Verhalten vor und nach der Tat                                                | 97 |
| ff) Tatfolgen                                                                     | 97 |
| gg) Besondere Umstände                                                            | 97 |
| b) Bedeutung der Indizien                                                         | 98 |
| c) Die pflichtwidrigen Verhaltensweisen                                           | 98 |

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Kollusionshandlungen                                                                       | 99  |
| 3. Fortsetzung der deliktischen Tätigkeit                                                     | 101 |
| 4. Wahrheitswidrige Aussagen, Aussageverweigerungen                                           | 101 |
| 5. Trölerisches Einreichen eines Rechtsmittels                                                | 102 |
| II. Haftverlängernde Verhaltensweisen                                                         | 102 |
| 1. Hafttherbeiführende Verhaltensweisen, welche auch zur Haftverlängerung Anlass geben können | 102 |
| 2. Trölerisches Benehmen                                                                      | 103 |
| a) Die Regelung von Art. 375 Abs. 2 StGB                                                      | 103 |
| b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung                                                      | 103 |
| c) Der Begriff der Trölerei                                                                   | 104 |
| d) Das Verhalten des Rechtsvertreters                                                         | 106 |
| 3. Verweigerung der Aussage, Leugnen                                                          | 107 |
| a) Vom Wesen der Frage (nach Canetti)                                                         | 107 |
| b) Die Aussage- und Wahrheitspflicht und die kantonalen Strafprozessordnungen                 | 108 |
| c) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung                                                      | 108 |
| d) Kritik                                                                                     | 110 |
| 4. Die Weigerung, die Strafe vorzeitig anzutreten                                             | 113 |
| 5. Die Weigerung, notwendige ärztliche Betreuung anzunehmen, und der Hungerstreik             | 113 |
| § 4 Der Umfang der Nichtanrechnung                                                            | 115 |
| I. Die Dauer der Haft und das Kausalitätserfordernis                                          | 115 |
| II. Die zeitliche Begrenzung bis zum erstinstanzlichen Urteil                                 | 115 |
| 3. Abschnitt                                                                                  |     |
| <u>Die Durchführung der Anrechnung</u>                                                        | 117 |
| § 1 Die Berechnung der anrechenbaren Untersuchungshaft                                        | 117 |
| I. Das Mass der Anrechnung                                                                    | 117 |
| II. Die Berechnung bei Bruchteilen eines Tages                                                | 117 |
| § 2 Die Anrechnung bei freiheitsentziehenden Massnahmen                                       | 119 |

|               |                                                                                                       |     |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.            | Allgemeines                                                                                           | 119 |
| II.           | Die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern                                                             | 120 |
| III.          | Freiheitsentziehende Massnahmen an geistig Abnormen                                                   | 122 |
| IV.           | Die Behandlung Trunk- und Rauschgiftsüchtiger in einer entsprechenden Anstalt                         | 122 |
| V.            | Die Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt                                                       | 123 |
| § 3           | Besondere Fragen                                                                                      | 126 |
| I.            | Die Anrechnung bei Bussen                                                                             | 126 |
|               | 1. Die Auslegung der Kann-Vorschrift                                                                  | 126 |
|               | 2. Das Mass der Anrechnung                                                                            | 126 |
| II.           | Untersuchungshaft und bedingte Strafe                                                                 | 127 |
|               | 1. Die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung                                                      | 127 |
|               | 2. Die heutige Praxis                                                                                 | 127 |
| III.          | Untersuchungshaft im Verhältnis zum Rückfall sowie zu den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs | 129 |
| IV.           | Untersuchungshaft und bedingte Entlassung aus der Strafanstalt                                        | 131 |
| V.            | Das Problem der Tatidentität                                                                          | 133 |
| <u>Exkurs</u> |                                                                                                       |     |
| 1.            | Die Anrechnung der Untersuchungshaft nach dem deutschen Recht                                         | 135 |
| 2.            | Die Anrechnung der Untersuchungshaft nach dem französischen Recht                                     | 136 |

Abkürzungsverzeichnis

|                 |                                                            |
|-----------------|------------------------------------------------------------|
| AGVE            | Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide            |
| AnwG            | Anwaltsgesetz                                              |
| AOS             | Amtsbericht des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen     |
| CPP             | Code de procédure pénale; Codice di procedura penale       |
| BB1             | Bundesblatt                                                |
| BGE             | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes         |
| BGH Str         | Bundesgerichtshof in Strafsachen (Deutschland)             |
| BGZ             | Bezirksgericht Zürich                                      |
| BJM             | Basler Juristische Mitteilungen                            |
| BMG             | Betäubungsmittelgesetz                                     |
| BStP            | Bundesstraßprozess                                         |
| BVGE            | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Deutschland) |
| GA              | Goldsamers Archiv für Strafrecht                           |
| GVP             | St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis              |
| JdT             | Journal des Tribunaux et Revue Judiciaire                  |
| KV              | Kantonsverfassung                                          |
| LG              | Landgericht (Deutschland)                                  |
| MDR             | Monatsschrift für deutsches Recht                          |
| MKG             | Militärkassationsgericht                                   |
| MRK             | Europäische Menschenrechtskonvention                       |
| NJW             | Neue Juristische Wochenschrift                             |
| OLG             | Oberlandesgericht (Deutschland)                            |
| OS              | Offizielle Sammlung der Gesetze (Zürich)                   |
| Rep.            | Repertorio di Giurisprudenza patria                        |
| RGSt            | Reichsgericht in Strafsachen                               |
| RIDP            | Revue internationale de Droit pénal                        |
| RS              | Rechtsprechung in Strafsachen                              |
| RSC             | Revue de Science criminelle et de Droit pénale comparé     |
| Sem.jud.        | La Semaine Judiciaire                                      |
| SJZ             | Schweizerische Juristenzeitung                             |
| Sten.Bull. NR   | Stenographisches Bulletin des Nationalrates                |
| StPO, StP, Strv | Straßprozessordnung                                        |
| StrK            | Straßkammer                                                |
| V               | Verordnung                                                 |
| VE              | Vorentwurf                                                 |
| VEB             | Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden                   |
| ZBJV            | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins                 |
| ZR              | Blätter für zürcherische Rechtsprechung                    |
| ZSR NF          | Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge          |
| ZStR            | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht                  |
| ZStW            | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft        |

## LITERATURVERZEICHNIS

Bei mehreren Werken des gleichen Autors ist die Zitierweise in Klammern gesetzt. Sonst wird einzig mit dem Verfasseramen zitiert. Weitere Literatur findet sich in den Anmerkungen zum Text.

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil.  
2.A. Tübingen 1969.

Aschaffenburg Gustav: Die Bedeutung der Untersuchungshaft für die Ermittlung des Tatbestandes. MStRKrim 13 (1933) 257 ff.

Baumann Claude: Die Kompetenzen der zivilen Untersuchungsorgane in Fällen militärgerichtlicher Zuständigkeit. Kriminalistik 1971, 265 ff.

Baumann Jürgen: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2.A. Bielefeld 1975.

Baumgärtner Josef: Die Auswirkungen der Neufassung des § 60 Abs. 1 StGB. MDR 1970, 190 f.

Bersier Roland: Contribution à l'étude de la liberté personnelle - L'internement des aliénés et des associés - La stérilisation des aliénés. Thèse Lausanne 1968.

Einswanger Ralf: Isolationsfolter? Schweizerische Ärztezeitung 1977, 165 f.

Einswanger Ralf / Brandenberger Werner: Zum Problem langdauernder Untersuchungshaft. StRK 1975 (91) 406 ff.

Bischoffberger Peter: Die Verfahrensgarantien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozessrecht. Diss. Zürich 1973.

Bohn Gerhard: Das Strafverfahren des Kantons Schaffhausen. Diss. Zürich 1938.

Bonnard Claude: Remarque sur l'arrêt Bächtiger. JdT 1968 IV 29.

Bossart Peter: Persönliche Freiheit und administrative Versorgung. Diss. Zürich 1965.

Brühlmeier Beat: Aargauische Strafprozessordnung. Textausgabe mit Erläuterungen. Aarau 1960.

Bruns Hans-Jürgen: Strafmessungsrecht. 2.A. Köln, Berlin, Bonn, München 1974.

Caratti Elias: Masse und Macht, Bd II, Reihe Hanser 176, 2.A. 1976.

Olerc François: Grundsätze des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Basel 1947 (zit. Grundsätze).

- Le procès pénal en Suisse romande. Paris 1966 (zit. procès pénal).
- La détention préventive. StRK 1968 (84) 149 ff. (zit. détention préventive).
- La détention avant jugement. Recueil des travaux suisses présentés au VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 391 ff. (zit. détention avant jugement).

- Initiation à la Justice pénale en Suisse. Neuchâtel 1975 (zit. Initiation).
- Comtesse Frédéric: Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht. ZSR N.F. 1946 (69) 61a ff. (zit. Bundesstrafrecht).
- Das schweizerische Militärstrafgesetzbuch. Zürich 1946 (zit. Militärstrafgesetzbuch).
- Dalloz: Code pénal. Paris 1975 - 1976.
- Decrusch J.: Strafhait und Untersuchungshaft. BJI 1927/28 (20) 125 ff.
- Dencker Friedrich: Die Anrechnung der Untersuchungshaft. MDR 1971, 627 ff.
- Dietrich Eckhart: Wiederholungsgefahr bei Sachlichkeitsverbrechen. Kriminologische Forschungen Bd. 7. Berlin 1970.
- Dreher Eduard: Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB. MDR 1970 965 ff.
- Dubs Hans: Die rechtlichen Grundlagen der Anstaltsversorgung in der Schweiz. Basel 1955. Maschinenschrift (zit. Anstaltsversorgung).
- Die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe. Ueber die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 69 StGB. ZStR 1960 (76), 187 ff. (zit. Anrechnung).
- Dübi Walter: Handbuch über den Straf- und Massnahmenvollzug. Bern 1971.
- Enderli Hans Rolf: Die Anrechnung der Untersuchungshaft. Diss. Zürich 1942.
- Esser Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt 1970.
- Fäh Laurenz: Die Zwangsmittel im sv.-gallischen Strafrechtspflegegesetz vom 9. August 1934. Diss. Freiburg i. Ue. 1963.
- Fischli Ernst: Die Entschädigung unschuldig Verfolgter. ZSR N.F. 1960 (79) 263a ff.
- Foucault Michel: Teherwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses. Deutsche Ausgabe. Frankfurt am Main 1976.
- Gebistorf Benno: Die luzernische Kassationsbeschwerde im Strafrecht. Diss. Freiburg i. Ue. 1970.
- Germann Oskar Adolf: Probleme der Rechtsfindung. 2. Aufl. Bern 1967.
- Gillieron Pierre-Robert: La réparation de préjudice causé par la détention subite avant la clôture de l'enquête. JdT 1969 III 35 ff.
- Graber Felix: Die Untersuchungshaftpraxis im Kanton Aargau. Eine Untersuchung der erstinstanzlichen Urteile der Bezirke Aarau, Baden, Olten und Rheinfelden aus den Jahren 1971. Diss. Basel 1976.

- Grebing Gerhardt: Die Untersuchungshaft in Frankreich. Bonn 1974 (zit. Untersuchungshaft).
- Zur Entwicklung des Untersuchungshaftrechts in der Bundesrepublik Deutschland. Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1975 (16) 161 ff. (zit. Entwicklung).
- Graven Jean: Les conditions d'une réglementation satisfaisante de la détention préventive. RIDP 1950 (21) 189 ff.
- Grassberger Roland: Psychologie des Strafverfahrens. 2.A. Wien, New York 1968.
- Häfliger Arthur: Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung. Bern 1959.
- Hafer Ernst: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 2.A. Bern 1946.
- Hauser Robert: Internationales Straf-, Auslieferungs- und Rechtshilferecht. Skriptum einer Vorlesung, gehalten im SS 1972 an der Universität Zürich. Zürich 1972 (zit. Auslieferung).
- Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses. Zürich 1974 (zit. Zeugenbeweis).
  - Die Nichtigkeitsbeschwerde nach den kantonalen Strafprozessrechten, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener. Zürich 1973, 109 ff. (zit. Nichtigkeitsbeschwerde).
  - Grundzüge des Strafprozessrechts. St. Gallen 1977 (zit. Grundzüge).
  - Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts. Basel, Stuttgart 1977 (zit. Lehrbuch).
- Hauser Robert / Rehberg Jörg: Strafrecht I. Verbrechenslehre. Vorlesungsskriptum 1976.
- Hauser Willy / Hauser Robert: Gerichtsverfassungsgesetz (des Kantons Zürich) vom 29. Januar 1911 mit den seitherigen Änderungen. 3.A. Zürich 1978.
- Heim Willy: Remarques. JdT 1964 IV 40 und JdT 1965 IV 37.
- Henggeler Oskar: Das Disziplinarrecht der freiberuflichen Rechtsanwälte und Medizinalpersonen. Diss. Zürich 1976.
- Henkel Heinrich: Strafverfahrensrecht. 2.A. Stuttgart 1968.
- Hery Klaus: Die Berufung im zürcherischen Strafprozess. Diss. Zürich 1975.
- Hink Ulf: Die kriminogene Wirkung der Untersuchungshaft. Kriminalistik 1967, 523 ff.
- Huber Peter: Die Stellung des Beschuldigten - insbesondere seine Rechte - in der Strafuntersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich. Diss. Zürich 1973.
- Hug-Beeli Gustav Karl: Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse. Diss. Zürich 1976. (Auch erschienen unter dem Titel: Wo liegt die Grenze der persönlichen Freiheit?).
- Huggenberger Julius: Das polizeiliche Ermittlungsverfahren bei Verbrechen und Vergehen im schweizerischen Straf-

- prozessrecht. Diss. Zürich 1947 (zit. Ermittlungsverfahren).
- Die kriminalpolizeiliche Tätigkeit im Lichte der schweizerischen Rechtsprechung. Kriminalistik 1966, 479 ff. (zit. Kriminalpolizei).
- Jescheck Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 2.A. Berlin 1972.
- Jescheck Hans-Heinrich / Krümpelmann Justus: Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung. Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971.
- Kartothek zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich. Birkli W. / Decurtins C. / Hauser R. / Rüdy B. (Hrg.). Zürich 1971 ff.
- Kern Eduard / Roxin Claus: Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch. 14.A. München 1976.
- Kleinknecht Th. / Janischowsky G.: Das Recht der Untersuchungshaft. München 1977.
- Kriele Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. 2.A. Berlin 1976.
- Krümpelmann Justus: Probleme der Untersuchungshaft im deutschen und ausländischen Recht. ZStW 1970, 1052 ff.
- Kuhn Andreas: Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Schwyz. Diss. Basel 1976.
- Kurt Victor: Aus der Vollzugspraxis der Bundesverwaltung. Die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Verwahrung. ZStR 1954 (69) 80 ff.
- Lackner Karl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 11.A. München 1977.
- Larenz Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3.A. Berlin, New York 1975.
- Lausch Erwin: Manipulation. Der Griff nach dem Gehirn. Stuttgart 1972.
- Lavanchy Charles Jules: Les mesures de sûreté en droit pénal. Thèse Genève 1931.
- Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch. Baldus P. / Willms G. (Hrsg.). 9.A. Berlin, New York 1974 (zit. LK)
- Lerche Peter: Uebermass und Verfassungsrecht. Köln, Berlin, München, Bonn 1961.
- Leuch Georg: Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof. ZStR 1943 (57) 1 ff.
- Lewandowski Theodor: Linguistisches Wörterbuch, Bd.I, Heidelberg 1973.
- Lienhart E.E.: Der thurgauische Strafprozess. Kreuzlingen o.J.
- Linck Joachim: Rechtsprobleme bei der Zwangsernährung. MDR 1975, 714 ff.

- Logoz Paul: Commentaire du Code pénal suisse. Partie générale. 2.A. Neuchâtel - Paris 1976.
- Löwe - Rosenberg: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Dinnebier Hanns u.a. (Hrsg.). 23.A., Bd. II, Berlin, New York 1978 (zit. LR).
- Meier-Hayoz Arthur: Berner Kommentar, Bd. I, 1. Abteilung, Einleitung. Bern 1966.
- Meyer Markus: Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess. Diss. Zürich 1962.
- Müller Justin: Berechnung der Zwei-Drittel-Strafzeit nach Art. 38 StGB bzw. Art. 31 MilStG. ZStR 1944 (58) 374ff.
- Nägeli W.: Einleitung der Strafuntersuchung und Zusammenarbeit mit der Polizei. Kriminalistik, 155 ff., 201 ff., 257 ff., 363 ff., 413 ff.
- Noll Peter: Die ethische Begründung der Strafe. Recht und Staat, Heft 244, Tübingen 1962 (zit. Begründung der Strafe).
- Strafe ohne Metaphysik, in: Jürgen Baumann (Hrsg.): Misslingt die Strafrechtsreform? Luchterhand Texte 12, Darmstadt 1969 S. 48 ff. (zit. Strafrechtsreform).
  - Gutachten über die Frage einer Abgrenzung der Tätigkeit zwischen Polizei und Verhöramt im Kanton Schaffhausen. Maschinenschrift (zit. Gutachten).
  - Gesetzgebungslehre, rororo TB, Reinbeck bei Hamburg 1973 (zit. Gesetzgebungslehre).
  - Die Arbeitserziehung. ZStR 1973 (89) 149 ff. (zit. Arbeitserziehung).
  - Vorwort zu: Murbach Ruth: Strafvollzug - heute. Der Straf- und Massnahmenvollzug in den Anstalten des Kantons Zürich und des Ostschweizer Konkordats. Zürich 1975 (zit. Vorwort).
  - Strafprozessrecht. Vorlesungsskriptum. Zürich 1976 (zit. Strafprozessrecht).
- Nussli Franz: Die Anrechnung der Untersuchungshaft im schweizerischen Strafrecht. Diss. Freiburg i.Ue. 1954.
- Pfenninger Hans Felix: Die Anrechnung der Untersuchungshaft auf das Mindestmass der Verwahrung. SJZ 1951 (47) 33 ff. (zit. Anrechnung).
- Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafprozessrecht. SJZ 1955 (51) 197 ff. (zit. Eidgenössisches Strafrecht).
- Rehberg Jörg: Die Behandlung des Rückfälligen nach den revidierten Artikeln 42 und 67 Strafgesetzbuch. ZStR 1973 (89) 272 ff. (zit. Behandlung des Rückfälligen).
- Fragen bei der Anordnung und Aufhebung sichernder Massnahmen nach Strafgesetzbuch Art. 42 - 44. ZStR 1977 (93) 164 ff. (zit. Massnahmen).
- Rieder Rolf: Das Untersuchungsverfahren im zürcherischen Strafprozess. Diss. Zürich 1965.
- Robert Christian Nils: La détention préventive en Suisse romande, notamment à Genève. Genf 1972.

- Rudolphi H.J. / Horn E. / Samson E. / Schreiber H.L.:  
Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I,  
Frankfurt a.M. 1975.
- Rutz Magdalena: Der objektive Tatbestand des Fahrlässig-  
keitsdelikts. ZStR 1973 (89) 358 ff.
- Sandmeyer Max: Die Untersuchungshaft im schweizerischen  
Strafprozessrecht. Diss. Bern 1909.
- Schäfer Karl: Strafprozessrecht. Eine Einführung. Berlin,  
New York 1976.
- Schäuble Jean-Pierre: Die Untersuchungshaftpraxis im Kan-  
ton Tessin. Eine Untersuchung anhand der im Jahre 1971  
im Amtsbezirk Sottoceneri erstinstanzlich beurteilten  
Straffälle. Diss. Basel 1977.
- Schmidt Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung  
und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2.A. Göttingen  
1964.
- Schmidt-Leicher: Untersuchungshaft und kleine Strafprozess-  
reform. NJW 1961, 337 f.
- Schneeberger Ernst: Die Behandlung des Querulanten. ZStR  
1973 (89) 80 ff.
- Schönke Adolf / Schröder Horst: Strafgesetzbuch 18.A.  
München 1976.
- Schreieder Horst: Die Stellung des Beschuldigten im Hin-  
blick auf die Aussage nach formellem Strafrecht. Diss.  
Zürich 1968.
- Schubarth Martin: Die Rechte des Beschuldigten im Unter-  
suchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft.  
Bern 1973.
- Schürer Jürg Christian: Die Praxis der Untersuchungshaft  
im Kanton Graubünden. Diss. Basel 1976.
- Schütz Alfred: Die Kriminalpolizei im Kanton Zürich, ihre  
Eingriffe in die Freiheit und Rechte der Bürger durch  
zwangsrechtliche Fahndungs- und Erforschungsmittel.  
Diss. Zürich 1955.
- Schultz Hans: Das schweizerische Auslieferungsrecht. Basel  
1953 (zit. Auslieferungsrecht).
- Der bedingte Strafvollzug nach dem Bundesgesetz vom  
18. März 1971. ZStR 1973 (89) 52 ff. (zit. bedingter  
Strafvollzug).
  - Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts.  
3.A. Bern 1977 (zit. Einführung).
- Schwander Vital: Das schweizerische Strafgesetzbuch. 2.A.  
Zürich 1964 (zit. Strafgesetzbuch).
- Der Rückfall. ZStR 1964 (80) 345 ff. (zit. Rückfall).
- Stämpfli Franz: Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechts-  
pflege vom 15. Juni 1934. Bern 1935.
- Stegmüller Wolfgang: Stichwort "Wissenschaftstheorie" in:  
Philosophie, Fischer Lexikon, Neubearbeitung, Frankfurt  
a.M. 1967.

Sträuli Hans: Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege, III. Teil, Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung). Zürich 1924.

Sträuli Hans / Messmer Georg: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung. Zürich 1976.

Stratenwerth Günter: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II, 2.A. Bern 1978.

Studer Peter: Die Untersuchungshaft im Kanton Luzern. Eine Untersuchung der erstinstanzlichen Urteile des Jahres 1968. Diss. Basel 1973.

Thormann Philipp / Overbeck Alfred von: Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeine Bestimmungen. Zürich 1940.

Trechsel Stefan: La durée raisonnable de la détention préventive. RDH 1971, 119 ff. (zit. durée raisonnable).

- Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte. Bern 1974 (zit. MRK).
- Zur Revision des bernischen Strafverfahrens. ZBJV 1975 (111) 271 ff. (zit. Revision).

Verin Jacques: La détention préventive et la criminologie. RSC 1969, 707 ff., 917 ff.

Vogt Heinrich: Strafprozessuale Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers. Aargauisches Strafprozessrecht. Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins. Aarau 1961.

Waiblinger Max: Kommentar: Das Strafverfahren des Kantons Bern. Langenthal 1937 und 1942 (zit. Kommentar).

- Die Abgrenzung der strafrechtlichen von den vormundtschaftlichen und administrativen Kompetenzen zur Anstaltseinweisung. Zürich 1945 (zit. Abgrenzung).

Walder Hans: Die Vernehmung des Beschuldigten. Hamburg 1965 (zit. Vernehmung).

- Das Verhör mit dem Angeschuldigten. Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift für Hans Felix Pfenninger. Zürich 1956, 181 ff. (zit. Verhör).
- Die Kausalität im Strafrecht. ZStR 1977 (93) 113 ff. (zit. Kausalität).

Weisungen der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich an die Bezirksanwaltschaften, Ausgabe 1968.

Willfratt Max: Die Verhaftung. Referat gehalten im Wintersemester 1961/62, Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich (Maschinenschrift).

Zindel Alex: Kosten und Entschädigungsfolgen im Strafverfahren des Kantons Zürich. Diss. Zürich 1972.

Zirilli Geneviève: Problèmes relatifs à la détention préventive. Thèse de licence, Lausanne 1975.

### Zur Einführung

Während Jahren wurde von seiten des Schrifttums immer wieder grundsätzliche Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 69 StGB geübt. DUBS, HEIM, SCHULTZ, ZIRILLI und - mit anderem Ausgangspunkt - SCHUBARTH postulierten eine umfassende Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe. Während das Bundesgericht über Jahrzehnte schon die blossе Verursachung der Haft oder ihrer Verlängerung als Grund für die Nichtanrechnung zuliess, forderten die genannten Autoren als zusätzliche Versagungsvoraussetzung, dass der Betreffende absichtlich zur Haft oder ihrer Verlängerung Anlass gegeben habe, um dem als grösseres Uebel empfundenen Strafvollzug zu entgehen. Diese von der Lehre vorgeschlagene Auslegung von Art. 69 StGB hätte letztlich zur zwingenden Anrechnung der Untersuchungshaft geführt.

Der Entscheid BGE 102 IV 153, der die Rechtsprechung auf Jahre hinaus bestimmen dürfte, hat nun alle Hoffnungen auf eine Praxisänderung im Sinne der Literatur enttäuscht. Zwar verlangt das Bundesgericht nunmehr als Voraussetzung für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft zusätzlich das Vorliegen eines subjektiv vorwerfbaren Verstosses gegen Pflichten und Beschränkungen, die sich für einen Beschuldigten aus dem Strafverfahren ergeben. Die begrenzende Funktion dieser weiteren Versagungsvoraussetzung darf jedoch, zumindest wenn man der bundesgerichtlichen Interpretation des prozessualen Verschuldens folgt, nicht überschätzt werden.

Gleichfalls in den Chor der Stimmen einzufallen, welche die Untersuchungshaft allein bei absichtlicher Herbeiführung oder Verlängerung der Haft nicht angerechnet haben wollen, erschiene dem Verfasser der vorliegenden Arbeit angesichts der nun einmal bestehenden anderen Rechtsauffassung in der Judikatur wenig sinnvoll. Der Praxis dient besser, wer Möglichkeiten aufzeigt, wie eine bestimmte Rechtsprechung kontinuierlich weiterentwickelt werden kann. Als Ausgangspunkt für eine solche Weiterent-

wicklung bietet sich, wie zu zeigen sein wird, vor allem das Moment des prozessualen Pflichtverstosses an.

Die zwingende Anrechnung der Untersuchungshaft ist nur auf den ersten Blick ein fortschrittliches Postulat. Wer der Strafe primär Vergeltungs- und Abschreckungsfunktion zuspricht, dürfte eigentlich keine Bedenken gegen eine umfassende Berücksichtigung der Untersuchungshaft bei der Strafausfällung hegen. Denn die Untersuchungshaft ist - ungeachtet ihrer rechtlichen Qualifikation - für den Betroffenen ein Uebel, das der Strafe gleichkommt oder diese gar übertrifft. Wer aber auf dem Boden eines konsequent nach dem Besserungsgedanken ausgerichteten Strafvollzuges steht, der kann dem Institut der Haftanrechnung nur mit Skepsis begegnen. Durch die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe wird letztere unter Umständen so verkürzt, dass die für die Resozialisierung des Täters nötige Zeit fehlt. Paradoxerweise verlaufen gewöhnlich die Fronten anders. Der gestrenge Untersuchungsrichter sperrt sich gegen eine weitere Einschränkung der Versagungsgründe, der aufgeschlossene Reformers setzt sich, wie das Beispiel des § 63 Abs. 1 des Alternativentwurfs zum deutschen Strafgesetzbuch zeigt, dafür ein. Man kann diesen Widerspruch nur damit erklären, dass die Befürworter einer restriktiven Anrechnungspraxis in der Untersuchungshaft ein zusätzliches Uebel sehen, das dem Täter verdienter-massen aus der von ihm begangenen Straftat erwächst. Demgegenüber kann der Reformers eine umfassende Anrechnung der Untersuchungshaft ernstlich nur fordern, soweit er die Realität des heutigen Strafvollzugs mit dessen unbestreitbar vergeltendem Element im Auge hat.

Wird einem Verurteilten die Anrechnung der Untersuchungshaft verweigert, wirkt sich dies für den Betreffenden wie eine Strafe aus. Keine noch so kunstvolle juristische Distinktion kann darüber hinwegtäuschen. Der Strafcharakter des Nichtanrechnungsentscheids wird noch verstärkt, wenn man - in der löblichen Ansicht, die Versagungsfälle einzuschränken - einen subjektiven Massstab für die Beurteilung

des Verhaltens des Beschuldigten anwendet. Ob die aus Art. 69 StGB sich ergebende pönale Wirkung der Nichtanrechnung erwünscht, vertretbar oder unbillig ist, ist eine Wertungsfrage. Im Rahmen einer allfälligen künftigen Gesetzesrevision wäre sie neu zu überdenken.

Der Verfasser einer Dissertation sieht sich üblicherweise in besonderem Masse veranlasst, seine Themenwahl und die Art der Behandlung des Gegenstandes zu rechtfertigen. Nun denn: Das Problem der Anrechnung der Untersuchungshaft hat bereits verschiedene Autoren beschäftigt. Es bestehen insbesondere zwei Dissertationen über dieses Gebiet, die Monographien von Enderli (1942) und Nussli (1954). Auch die Arbeit von Zirilli (1975) beschäftigt sich unter anderem mit der Anrechnungsfrage. Es drängt sich aber die Neubearbeitung dieses Themas auf angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Praxisänderung des Bundesgerichts und der Bedeutung der Frage für die Rechtsanwendung. Der Verfasser hat sich dabei bemüht, Unbestrittenes nur kurz und bisher eher am Rande Behandeltes vertiefter darzustellen.



## 1. Kapitel

# Die Untersuchungshaft

## 1. Abschnitt

### Begriff der Untersuchungshaft

#### § 1      Allgemeines

Dem Richter stellen sich bei der Anwendung von Art. 69 StGB über die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe zwei Rechtsfragen grundsätzlicher Natur: Ist eine bestimmte dem Urteil vorausgehende Form des Freiheitsentzugs als Untersuchungshaft zu betrachten? Wenn ja: Liegen Gründe vor, welche eine Anrechnung der Haft an die Strafe ausschliessen? Die vorliegende Arbeit gliedert sich demgemäss in zwei Hauptkapitel, welche je der Beantwortung einer dieser Fragen gewidmet sind.

"Untersuchungshaft" ist ein Rechtsbegriff, der sowohl im Strafgesetzbuch als auch in den einzelnen Strafprozessgesetzen des Bundes und der Kantone sowie in der allgemeinen Rechtssprache Verwendung findet. Eine Gegenüberstellung der einzelnen Gebrauchsweisen zeigt Verbindendes und Trennendes auf. Dabei wird sich herausstellen, dass sich eine hinreichend präzise Definition von "Untersuchungshaft" nicht finden lässt, zumindest nicht nach der klassischen Definitionslehre, welche mittels *genus proximum* und *differentia specifica*<sup>1</sup> den Begriffsumfang nach allen Seiten möglichst genau abzugrenzen versuchte. Bei der Erörterung des Begriffs der Untersuchungshaft im Sinne des schweizerischen Strafgesetzbuches wird diesem Umstand dadurch Rechnung getragen, dass auf die Herleitung einer Definition aus irgendwelchen Oberbegriffen verzichtet wird. Besprochen werden pragmatisch jene Formen des Freiheitsentzugs, bei denen sich die Frage der Anrechenbarkeit im Verlaufe der Zeit stellte oder noch heute stellt<sup>2</sup>.

Das Fehlen eines einheitlichen Begriffs der Untersuchungshaft macht es erforderlich, im Verwendungsfall den genauen Bezugsrahmen - eine einzelne Prozessordnung, das Strafgesetzbuch, eine bestimmte Umschreibung im Schrifttum - anzugeben. Diese vielleicht etwas pedantisch anmutende, jedoch notwendige methodische Klarstellung wird in der Rechtsliteratur nicht immer mit der wünschenswerten Strenge durchgeführt<sup>3</sup>.

## § 2     Der Begriff der Untersuchungshaft nach den schweizerischen Strafprozessgesetzen

### I.     Allgemeine Begriffsbestimmung

Der Begriff "Untersuchungshaft", entsprechend der Bezeichnung "détention préventive" der französischen und "carcere preventivo" der italienischen Schweiz<sup>4</sup>, erscheint, wenn auch oft nur beiläufig, in den meisten deutschsprachigen Prozessordnungen. Demgegenüber verwendet der Kanton Basel - Stadt durchgehend den Begriff "Sicherheitshaft"<sup>5</sup>.

Die einzelnen Verfahrensgesetze geben keine ausdrückliche Definition der Untersuchungshaft. Sie beschränken sich darauf, Voraussetzungen, Dauer, Vollzug und Kontrolle dieses Zwangsmittels zu regeln und die hierfür zuständigen Behörden zu bezeichnen.

Eine allgemeine, allen Prozessordnungen entsprechende Begriffsbestimmung vorzunehmen, ist angesichts der Vielfalt der gesetzlichen Regelungen schwierig. Sie wurde von CLERC versucht:

"La plus grave mesure de contrainte, ordonnée à l'endroit d'une personne considérée comme délinquante, dans le but de l'incarcérer pour quelque soit tenue à la disposition de la justice avant l'exécution du jugement."<sup>6</sup>

Folgende Elemente erscheinen gemäss dieser Definition als begriffsbildende Merkmale:

- die Qualifikation der Untersuchungshaft als freiheitsentziehende Zwangsmassnahme
- der dringende Tatverdacht als ihre Voraussetzung
- das jederzeitige "Zurverfügunghalten" des Beschuldigten als Haftzweck.

Erfahrungsgemäss bietet die Formulierung des Haftzwecks die meisten Schwierigkeiten, da sich in einzelnen Prozessordnungen Haftgründe finden, die, zumindest bei strenger Betrachtungsweise, weder einen Bezug zur Strafuntersuchung noch zur Strafvollstreckung aufweisen<sup>7</sup>.

Der Zweck der Untersuchungshaft, so könnte man die von Clerc gegebene Umschreibung etwas konkretisieren, besteht nach den einzelnen Prozessordnungen in der Gewährleistung einer ordnungsgemässen Durchführung der Strafuntersuchung (Haftgrund der Kollusionsgefahr), in der Sicherung der Person des Beschuldigten für die Strafuntersuchung und den Strafvollzug (Haftgrund der Fluchtgefahr) oder dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Haftgrund der Fortsetzungsgefahr und der öffentlichen Erregung)<sup>8</sup>.

Die Abgrenzungsfähigkeit einer solch allgemein gehaltenen "Definition" der Untersuchungshaft ist naturgemäss beschränkt. Ob beispielsweise die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt oder in ein Spital zur Behandlung Untersuchungshaft darstellt, lässt sich allein aufgrund der genannten begriffsbildenden Merkmale nicht entscheiden. Gleiches gilt mit Bezug auf die zeitliche Begrenzung der Haft nach Verfahrensabschnitten.

Als Untersuchungshaft im engeren Sinne pflegt man in Anlehnung an den materiellrechtlichen Haftbegriff des StGB den Freiheitsentzug bis zum Abschluss der Strafuntersuchung zu bezeichnen<sup>9</sup>. Demgegenüber schliesst die Bezeichnung "Untersuchungshaft" im weiteren Sinne die Haft bis zur erstinstanzlichen Urteilsfällung<sup>10</sup> oder bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss mit ein<sup>11</sup>. Will man auch

den Umstand der Verwahrung einer Person nach Abschluss des Strafverfahrens bis zum Strafantritt ausdrücken, ist man auf den Terminus "Untersuchungshaft" im weitesten Sinne angewiesen.

## II. Die Unterscheidung "Untersuchungshaft - Sicherheitshaft"

### 1. Die Bedeutung der Unterscheidung für die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft

Eine Reihe von Prozessordnungen teilt die Haft bis zur Urteilsfällung terminologisch in Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Der Wert dieser Unterscheidung im Hinblick auf eine einzelne Prozessordnung ist beschränkt. Ein Wechsel in der Bezeichnung kann ein Wechsel in der Zuständigkeit der verantwortlichen Haftbehörde bedeuten<sup>12</sup>.

Dagegen ist die Unterscheidung "Untersuchungshaft - Sicherheitshaft" für die Bestimmung des materiellrechtlichen Begriffs der Untersuchungshaft des Strafgesetzbuches von Bedeutung. Die Entstehungsgeschichte des Art. 110 Ziff. 7 StGB zeigt, dass mit der Erwähnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft im zweiten Teil der Legaldefinition ein Verweis auf die entsprechenden Regelungen in den kantonalen Prozessrechten beabsichtigt war<sup>13</sup>. Diese können daher für die Auslegung des Begriffs "Untersuchungshaft" im Sinne von Art. 69 StGB herangezogen werden.

### 2. Das Ungenügen des Haftzwecks als Unterscheidungskriterium

Es liegt nahe, das Gegensatzpaar "Untersuchungshaft - Sicherheitshaft" durch den unterschiedlichen Haftzweck erklären zu wollen. Untersuchungshaft wäre danach jeder Freiheitsentzug zum Zwecke der Strafuntersuchung, Sicherheitshaft die Haft zur Sicherstellung der Person des Beschuldigten für die Strafvollstreckung<sup>14</sup>. Allein, der Zweck einer bestimmten Haft reicht als Klassifikations-

merkmal nicht aus, um die Vielfalt der kantonalen Sprachgebräuche angemessen zu beschreiben.

Nicht mit der genannten Zweckumschreibung lässt sich beispielsweise die gesetzliche Terminologie im Kanton Schwyz erklären. Gemäss § 97 StPO wird die Haft bis zum erstinstanzlichen Urteil, mithin auch die Haft nach Abschluss der Strafuntersuchung, als Untersuchungshaft bezeichnet. Der Begriff "Sicherheitshaft" bleibt für die Haft während des Rechtsmittelverfahrens reserviert.

Ohne begriffliche Einordnungsmöglichkeit bleiben zudem die Haftgründe der Fortsetzungsgefahr und - für einige Kantone - derjenige der öffentlichen Erregung.

Richtigerweise sind zur Erklärung der unterschiedlichen Gebrauchsweise der Ausdrücke "Untersuchungs-" und "Sicherheitshaft" in den einzelnen Prozessordnungen zwei Einteilungsgesichtspunkte heranzuziehen:

- (a) die Einteilung nach Verfahrensstadien
- (b) die Einteilung nach dem Haftzweck.

### 3. Die massgebenden Unterscheidungskriterien

#### a) Die Einteilung nach Verfahrensstadien

Der Unterteilung der Haft in Untersuchungs- und Sicherheitshaft nach Verfahrensabschnitten liegt der Gedanke zugrunde, dass nach Beendigung der Strafuntersuchung von Untersuchungshaft im Wortsinne nicht mehr gesprochen werden kann. Je nachdem, in welchem Zeitpunkt man die Strafuntersuchung als abgeschlossen betrachtet - in einem weiteren Sinne spricht man vom Untersuchungsstadium bis zur Urteilsfällung<sup>15</sup> -, gelangt man zu folgenden für den Wechsel in der Bezeichnung massgeblichen Verfahrensabschnitten:

- die tatsächliche Beendigung der Untersuchungstätigkeit
- die formelle Beendigung der Untersuchung

- der Eingang der Anklageschrift beim Gericht
- das erstinstanzliche Urteil.

Die Einteilung nach Verfahrensstadien sieht vom konkreten Haftzweck ab<sup>16</sup>. Auch die Präventivhaft ist Untersuchungshaft<sup>17</sup>.

- aa) Die tatsächliche Beendigung der Untersuchungstätigkeit:

Appenzell-Ausserrhoden erwähnte in Art. 30 lit. e und Art. 106 der früheren und verwendet nunmehr in Art. 218 der neuen Strafprozessordnung vom 30. April 1978 den Begriff "Sicherheitshaft", ohne ihn zu umschreiben. Die Untersuchungshaft endet und die Sicherheitshaft beginnt nach einer obergerichtlichen Entscheidung, "wenn der Tatbestand und eventuell die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten abgeklärt sind, wenn der Strafuntersuchung als abgeschlossen bezeichnet werden kann, weil sämtliches Material oder mindestens dasjenige, zu dem sich der Angeschuldigte aussprechen muss, gesammelt ist."<sup>18</sup>

- bb) Die formelle Beendigung der Untersuchung:

An das Kriterium des förmlichen Abschlusses der Strafuntersuchung knüpft Thurgau für die Haft wegen Flucht- und Kollusionsgefahr sowie wegen Ungehorsams an<sup>19</sup>. Nach § 115 Abs. 3 StPO kann die Haft nach Abschluss der Untersuchung als Sicherheitshaft bis zum Strafvollzug verfügt oder fortgesetzt werden. Als Abschluss der Untersuchung gilt gemäss § 138 Abs. 1 StPO die Uebermittlung der Akten samt Schlussbericht durch den Untersuchungsrichter an den Staatsanwalt.

Die gleiche Abgrenzung gilt sinngemäss für den Bund<sup>20</sup> und - ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz - für den Kanton Bern<sup>21</sup>.

- cc) Der Eingang der Anklageschrift beim Gericht:

Der zeitliche Abstand zwischen der formellen Beendigung der Untersuchung und dem Eingang der Anklageschrift

beim Gericht fällt dann ins Gewicht, wenn keine Identität von Untersuchungs- und Anklagebehörde besteht und letztere sich noch in den Prozessstoff einzuarbeiten hat<sup>12</sup>.

Der Eingang der Anklageschrift ist in den Kantonen Zürich und Graubünden für den Beginn der Sicherheitshaft massgebend<sup>23</sup>.

dd) Das erstinstanzliche Urteil:

Die nach Urteilseröffnung vom Gerichtspräsidenten verfügte Haft bezeichnet Schwyz in § 97 StPO als Sicherheitshaft. Der gleiche Sprachgebrauch findet sich auch in anderen Kantonen, so etwa im Aargau<sup>24</sup> und St. Gallen<sup>25</sup>.

b) Die Einteilung nach dem Haftzweck

Die Unterscheidung "Untersuchungshaft - Sicherheitshaft" nach dem Haftzweck erscheint in zwei Formen: Gemäss einer strengen Auffassung dient allein die Kollusionshaft dem Zweck der Strafuntersuchung, weshalb sie mit dem Begriff "Untersuchungshaft" gleichgesetzt wird. Demgegenüber bezweckt nach dieser Auffassung die Haft wegen drohender Fluchtgefahr vor allem die Sicherung der Person des Beschuldigten für den Strafvollzug, daher die Bezeichnung "Sicherheitshaft"<sup>26</sup>. Eine neuere Betrachtungsweise unterscheidet zwischen gerichtspolizeilichem und sicherheitspolizeilichem Freiheitsentzug. Diese Unterscheidung entstammt dem französischen Rechtskreis<sup>27</sup>. Zum gerichtspolizeilichen Freiheitsentzug wird die Haft wegen Flucht- und Kollusionsgefahr gezählt, zum sicherheitspolizeilichen vor allem die sogenannte Präventivhaft<sup>28</sup>.

aa) Kollusionshaft - Fluchthaft:

Die Unterscheidung "Untersuchungshaft gleich Haft wegen Kollusionsgefahr" und "Sicherheitshaft gleich Haft wegen Fluchtgefahr" ist älteren Datums<sup>29</sup>. Sie findet sich noch heute in den Prozessordnungen der Kantone Wallis<sup>30</sup>

und Schaffhausen<sup>31</sup>, die den Haftgrund der Fortsetzungsgefahr nicht kennen.

bb) Gerichtspolizeilicher - sicherheitspolizeilicher Freiheitsentzug:

Diese Unterscheidung kennt ausdrücklich nur die Thurgauer Strafprozessordnung. Gemäss § 123 Abs. 2 in Verbindung mit § 115 Abs. 1 Ziff. 3 StPO gilt als Sicherheitshaft auch<sup>32</sup> der Freiheitsentzug, welcher angeordnet wird, "wenn die Fortsetzung der strafbaren Tätigkeit ernstlich zu befürchten oder die Freiheit des Angeschuldigten mit Gefahr für Dritte verbunden ist."

Anklänge an die Unterscheidung nach dem polizeilichen Rechtsgüterschutz finden sich in den Kantonen Aargau<sup>33</sup> und Obwalden<sup>34</sup>.

### § 3 Der Begriff der Untersuchungshaft in der Rechtsliteratur

#### I. Zur Problematik einzelner Definitionsversuche

Das Schrifttum gebraucht den Begriff "Untersuchungshaft" zumeist in Anlehnung an eine bestimmte Strafprozessordnung<sup>35</sup>. Insoweit kommt solchen Verwendungsweisen keine selbständige Bedeutung zu. Der Terminus "Untersuchungshaft" wird mitunter jedoch auch weder im streng prozessrechtlichen noch im materiellrechtlichen Sinne des Strafgesetzbuches verwendet. Dies ist etwa der Fall bei der Behandlung von Themen wie: "Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Sicht", "Das Verhältnis von Untersuchungshaft und Europäischer Menschenrechtskonvention" oder "Die Problematik der Untersuchungshaft". In solchem Zusammenhang werden von den entsprechenden Bearbeitern bisweilen selbständige Begriffsbestimmungen vorgenommen, die der Klarheit dienen sollen. Diese können etwa lauten:

(Definition 1): "Als Untersuchungshaft wird die Freiheits-

entziehung zwischen Haftbefehl und Strafantritt bezeichnet" (KRUEMPELMANN)<sup>36</sup>

(Definition 2): "Untersuchungshaft im weiteren Sinne ist jede Verwahrung des Beschuldigten bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss" (FAEH)<sup>37</sup>

Die Tauglichkeit solcher Definitionen beurteilt sich nach dem zu behandelnden Gegenstand. Wer eine Definition aufstellt, hat sich - *omnis definitio periculosa est* - bewusst zu sein, welche Art Freiheitsentzug durch eine bestimmte Wortwahl ein- oder ausgeschlossen wird. Definition 1 beispielsweise klammert nach ihrem Wortlaut die vorläufige Festnahme ohne Haftbefehl aus, Definition 2 die Haft zwischen der Rechtskraft des Urteils und dem Strafantritt. Auf der andern Seite gilt nach der Definition 1 die zwangsmässige körperliche Durchsuchung als Untersuchungshaft, gemäss Definition 2 unter anderem die vorzeitige Strafverbüssung.

## II. Vorschlag einer Begriffsdefinition

Dem praktischen Bedürfnis (insbesondere für die Belange der Rechtsliteratur) nach einer möglichst umfassenden und vielfältig verwendbaren Definition wird meines Erachtens die nachfolgende Begriffsbeschreibung am ehesten gerecht:

Definition: Als Untersuchungshaft gilt jede Verwahrung eines Beschuldigten aus Anlass eines Strafverfahrens bis zum Strafantritt.

Die Formulierung "aus Anlass eines Strafverfahrens", § 51 des deutschen Strafgesetzbuches entnommen, lässt genügend Spielraum offen, um auch Freiheitsentziehungen, die sich nicht unmittelbar aus dem Zweck des Strafverfahrens ableiten lassen, einzubeziehen. Andererseits berücksichtigt die Wendung "bis zum Strafantritt" auch die Möglichkeit eines vorzeitigen Strafantritts. Der Begriff "Verwahrung" ist enger als "Freiheitsentzug"; letzterer schliesst auch andere strafprozessuale Zwangsmassnahmen

wie die körperliche Durchsuchung ein<sup>38</sup>.

§ 4     Der Begriff der Untersuchungshaft nach dem  
         Schweizerischen Strafgesetzbuch

I.     Allgemeines zur Legaldefinition von Art. 110  
         Ziff. 7 StGB

1.     Die Notwendigkeit einer selbständigen Begriffs-  
         bestimmung

Die Untersuchungshaft ist eine Zwangsmassnahme des kantonalen Strafprozessrechts. Demgegenüber stellt Art. 67 StGB über die Anrechnung dieser Haft an die Strafe eidgenössisches materielles Recht dar. Solche Nahtstellen zwischen kantonalem Verfahrensrecht und materiellem Bundesrecht finden sich im Strafgesetzbuch, wie auch in anderen Rechtsgebieten, häufig<sup>39</sup>. So bestimmt beispielsweise das Strafgesetzbuch in Art. 307 StGB, wie ein Zeuge, der in einem gerichtlichen Verfahren falsch aussagt, bestraft wird; wem die Zeugenqualität zukommt, regeln die jeweiligen Verfahrensgesetze. Einen materielleinheitlichen strafrechtlichen Begriff des Zeugen gibt es folglich nicht<sup>40</sup>. Die gleiche Lösung wäre an sich auch mit Bezug auf den Begriff der Untersuchungshaft denkbar, verbietet sich aber aus Gründen der Rechtsgleichheit. Die mittels des Strafgesetzbuches einheitlich festgesetzte Strafe soll nicht durch den Umstand, dass die Kantone die Untersuchungshaft unterschiedlich umschreiben, ihren einheitlichen Charakter verlieren. Aus diesem Grunde hat es der Gesetzgeber in Art. 110 Ziff. 7 StGB unternommen, den Begriff der anrechenbaren Untersuchungshaft selbst zu bestimmen. Die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer solchen Umschreibung blieb denn auch im Schosse der II. Expertenkommission unbestritten. Zu einem entsprechenden Antrag LANG bemerkte ZUERCHER:

"Es ist klar, dass der Bundesstrafgesetzgeber, der vorschreibt, dass eine Untersuchungshaft an der

Strafe angerechnet werde, auch das Recht hat, den Begriff der Untersuchungshaft zu umschreiben. Diese Umschreibung ist notwendig, weil der Begriff der Untersuchungshaft (Sicherheits-, Kollusions-, Präventivhaft) nicht in allen Kantonen derselbe ist. Die vorliegende Definition bezieht sich nur auf die Anwendung von Art. 69, stört also das kantonale Prozessrecht in keiner Weise."<sup>41</sup>

Mit der Festlegung eines einheitlichen Begriffs der Untersuchungshaft sind noch nicht alle Probleme, die sich aus dem Zusammenspiel von materiellem Strafrecht und den 27 Prozessgesetzen ergeben, gelöst. Verlangt man, wie dies die neueste bundesgerichtliche Rechtssprechung tut, als Voraussetzung für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft ein Verhalten des Täters, das gegen Pflichten, die sich aus dem Strafverfahrensrecht ergeben, verstösst, dann ist der Gefahr zu begegnen, dass von dieser Seite her die Einheitlichkeit der Anrechnung aus den Angeln gehoben wird<sup>42</sup>.

## 2. Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Definition

"Als Untersuchungshaft gilt jede in einem Strafverfahren verhängte Haft, Untersuchungs- und Sicherheitshaft" (Art. 110 Ziff. 7 StGB).

Bei dieser "Erklärung eines gesetzlichen Ausdruckes" (vgl. die Ueberschrift zu Art. 110 StGB) fällt in gesetzestechnischer Hinsicht vorab folgendes auf: Der Begriff "Haft" erscheint sowohl im zu Erklärenden (definiendum) als auch in der Erklärung (definiens). Es kann sich somit nicht um eine vollständige Begriffsdefinition handeln. Insbesondere gibt Art. 110 Ziff. 7 StGB keinen Aufschluss über den Oberbegriff "Haft". "Was unter Haft zu verstehen ist, sagt das Strafgesetz nicht."<sup>43</sup> Ob beispielsweise die polizeiliche Vorführung als Untersuchungshaft anzusehen ist, lässt sich aus der gesetzlichen Umschreibung direkt nicht ableiten und muss aufgrund anderer Kriterien entschieden werden.

Immerhin kann bereits aus der Existenz einer, wenn auch unvollständigen, Definition der Wille des Gesetz-

gebers abgeleitet werden, den Begriff der Untersuchungshaft einheitlich, nach bundesrechtlichen Gesichtspunkten, festzulegen. Es kann daher grundsätzlich nicht darauf ankommen, was einzelne Prozessordnungen als Untersuchungshaft bezeichnen oder dieser gleichstellen<sup>44</sup>. Der materiellrechtliche Begriff der Untersuchungshaft ist vom prozessrechtlichen streng zu trennen<sup>45</sup>. Dies schliesst nicht aus, dass bei der Festlegung des Begriffs der Untersuchungshaft im Sinne des Strafgesetzbuches die Regelungen der kantonalen Verfahrensgesetze (zur Begründung einer bestimmten Auslegung) herangezogen werden können.

### 3. Untersuchungshaft und Sicherheitshaft im engeren Sinne

Die gesetzliche Umschreibung von Art. 110 Ziff. 7 StGB zerfällt in zwei Teile<sup>46</sup>. Die eigentliche Aussage liegt zweifellos im ersten Teil. Sinnvollerweise ist demzufolge für die Begründung einer bestimmten Auslegung vor allem von diesem auszugehen. Ueber den Stellenwert der Bezeichnungen "Untersuchungshaft" und "Sicherheitshaft" im zweiten Teil lassen sich verschiedene Ansichten vertreten.

#### a) Die herrschende Lehrmeinung

Als Untersuchungshaft im engeren Sinne gilt gemäss einhelliger Lehrmeinung die während der Zeit der Strafuntersuchung (Voruntersuchung) bis zur Anklageerhebung (Ueberweisung) verhängte Haft; Sicherheitshaft ist demgemäss der Freiheitsentzug nach erfolgter Anklageerhebung (Ueberweisung)<sup>47</sup>. Die in der Literatur gebräuchliche Formulierung "Haft bis zur Anklageerhebung" lässt offen, ob der Beschluss der zuständigen Behörde über die Anklageerhebung für die Aenderung in der Bezeichnung massgebend sein soll oder der Eingang der Anklageschrift beim Gericht.

Bezüglich der Frage, mit welchem Verfahrensabschnitt die Sicherheitshaft gemäss Art. 110 Ziff. 7 StGB endet, bestehen zwei Lesarten. Nach der ersten dauert die Si-

cherheitshaft bis zur Urteilsfällung, im Falle eines Rechtsmittelverfahrens bis zur letztinstanzlichen Urteilsfällung<sup>48</sup>. Nach der zweiten umfasst sie auch den Zeitraum zwischen Urteilsfällung und Strafantritt, die Sicherheitshaft nach Art. 375 StGB<sup>49</sup>.

Der engeren Auffassung gebührt der Vorzug. Art. 110 Ziff. 7 StGB stellt - dies zeigt seine Entstehungsgeschichte - eine Legaldefinition zu Art. 69 StGB dar<sup>50</sup>. Als solche kann sie ihrem Inhalte nach nicht umfassender sein als die Reichweite des Art. 69 StGB, welcher durch die Sonderbestimmung von Art. 375 StGB begrenzt wird. Die Sache lohnt jedoch keinen Streit, da die Differenz lediglich terminologischer Natur ist.

b) Die Interpretationsmöglichkeiten des französischen und italienischen Gesetzestextes

Die Prozessordnungen der französischen Schweiz und diejenige des Kantons Tessin kennen die Unterscheidung "Untersuchungshaft - Sicherheitshaft" nicht. Es fehlen diese Begriffe bzw. Synonyma in den entsprechenden Rechtssprachen überhaupt. Der französische und italienische Gesetzestext von Art. 110 Ziff. 7 StGB umschreiben daher in Ermangelung solcher Begriffe die Untersuchungshaft als "détention pour les besoins de l'instruction", "carcerazione per i bisogni dell'istruzione", die Sicherheitshaft als "détention pour motif de sûreté", "carcerazione per motivo di sicurezza". Diese französisch- bzw. italienischsprachigen Ausdrücke lassen sich auf zwei verschiedene Weisen auslegen, die auseinanderzuhalten sind. Erstens kann man darin den unvollkommenen Uebersetzungsversuch einer nur in der deutschen Rechtssprache existierenden Unterscheidung erblicken; unvollkommen deshalb, weil sich die Haft bis zur Anklageerhebung nicht völlig mit dem Untersuchungszweck deckt<sup>51</sup>. Den fraglichen Ausdrücken kann man zweitens auch eine Aussage von selbständigem Wert beilegen. Der französische Text, ebenso wie der italienische, würde dann einen anderen Gesichts-

punkt als der deutsche betonen, nämlich, dass als Untersuchungshaft jede Inhaftnahme gelten soll, welche den genannten Zwecken dient. Die Haft wegen Fortsetzungsgefahr oder der Gefahr öffentlicher Erregung wäre danach mit "détention pour motif de sûreté" bzw. "carcerazione per motivo di sicurezza" gleichzusetzen.

Nicht angängig ist es, beide Betrachtungsweisen zu vermengen:

"Quoiqu'il en soit, d'après l'art. 110 ch. 7, on doit considérer comme détention préventive toute détention ordonnée au cours d'un procès pénal soit pour les besoins de l'instruction (en allemand: Untersuchungshaft), soit pour motif de sûreté (en allemand: Sicherheitshaft; détention entre la mise en accusation et le jugement,....)." <sup>52</sup>

Entweder decken sich die Ausdrücke in den beiden romanischen Sprachen mit der im deutschsprachigen Schrifttum vorherrschenden Unterscheidung, dann ist eine vor Abschluss der Strafuntersuchung angeordnete Fortsetzungshaft Untersuchungshaft im engeren Sinne (détention pour les besoins de l'instruction), oder sie betonen die unterschiedlichen Haftzwecke, dann ist derselbe Freiheitsentzug Sicherheitshaft (détention pour motif de sûreté).

c) Der aus der Entstehungsgeschichte hergeleitete Sinn der Unterscheidung

Im Gegensatz zur herrschenden Lehrmeinung, die von einem eigenständigen materiell-rechtlichen Begriff der Untersuchungs- und Sicherheitshaft im engeren Sinne ausgeht, kann man - mit mehr Recht, wie ich meine - in der Erwähnung der beiden Begriffe im Gesetz lediglich einen Verweis auf die üblichen Bezeichnungen in den kantonalen Rechten sehen <sup>53</sup>. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Norm.

Der Artikel 110 Ziff. 7 StGB geht im wesentlichen auf einen Vorschlag der Redaktionskommission der II. Expertenkommission vom August 1915 zurück <sup>54</sup>. Man war

- wie aus dem Beratungen der Kommission, insbesondere aus dem Votum ZUERCHER<sup>55</sup>, hervorgeht - eingedenk der Vielfalt kantonaler Regelungen bestrebt, einen einheitlichen Begriff der anrechenbaren Untersuchungshaft zu schaffen. Mit der Aufnahme des Gegensatzpaares "Untersuchungshaft - Sicherheitshaft" wollte man sicherstellen, dass jeder Freiheitsentzug während eines Strafverfahrens, ungeachtet der Terminologie, an die Strafe angerechnet werde. Eine eigene Terminologie durch Uebernahme einer der verschiedenen Sprachgebräuche zu begründen, ist nicht nur nicht erforderlich, sondern wäre diesem Zwecke hinderlich gewesen. Wenn schon, dachte man damals eher an die Unterscheidung nach dem Haftgrund als an diejenige nach Verfahrensabschnitten<sup>56</sup>.

Aus der Erwähnung der Untersuchungs- und Sicherheits-  
haft in Art. 110 Ziff. 7 StGB lässt sich daher mit Blick  
auf die einzelnen kantonalen Strafprozessgesetze ablei-  
ten, dass als Untersuchungshaft im Sinne von Art. 69  
StGB jede Verwahrung eines Beschuldigten anzusehen ist,  
unabhängig davon, ob sie zeitlich vor oder nach Abschluss  
der Untersuchung, dem Eingang der Anklageschrift beim Ge-  
richt, dem erstinstanzlichen Urteil, ungeachtet auch, ob  
sie wegen Kollusions-, Flucht-, Fortsetzungsgefahr oder  
wegen drohenden öffentlichen Aergernisses angeordnet wur-  
de.

Die Gesetzesrevision vom 28. März 1971 hat allerdings zu einer Inkonsequenz geführt, welche den vorstehenden Ueberlegungen jedoch keinen Abbruch tut. Die Formulierung "Hat der Angeklagte trölerisch ein Rechtsmittel ergriffen, so wird die Dauer der dadurch verlängerten Sicherheitshaft nicht angerechnet" setzt einen eigenständigen materiell-rechtlichen Begriff der Sicherheitshaft voraus, nur fragt sich, welchen.

## II. Die in einem Strafverfahren verhängte Haft

## 1. Untersuchungshaft und ordentlicher Strafvollzug

Den Gegensatz zu der in einem Strafverfahren verhängten Haft bildet die im Urteil ausgesprochene Strafhaft<sup>57</sup>. Die Strafhaft besteht in der strafweisen Beschränkung der Bewegungsfreiheit, der Sträfling befindet sich in einer Strafanstalt unter der Hausordnung für Strafgefangene<sup>58</sup>. Die zeitliche Festlegung des Vollzugsbeginns bietet in der Regel keine Schwierigkeiten; der Verurteilte wird polizeilich in die entsprechende Anstalt überführt, wo die Eintrittszeit genau festgehalten wird<sup>59</sup>.

Bisweilen erfolgt die Einweisung in die gleiche Anstalt, in welcher der Betreffende bereits als Untersuchungs- oder Sicherheitshäftling eingesessen hat. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Strafanstalt auch eine Abteilung für Untersuchungsgefangene aufweist<sup>60</sup> oder in einer Untersuchungshaftanstalt auch (kurzfristige) Freiheitsstrafen vollzogen werden<sup>61</sup>. Möglich ist auch, dass sich der Beschuldigte, bevor ein Urteil gegen ihn ergangen oder rechtskräftig geworden ist, bereits im vorzeitigen Strafvollzug befand oder vom Untersuchungsrichter zum Vollzug der Untersuchungshaft in eine Strafanstalt eingewiesen wurde. Ueber die Abgrenzungsprobleme, die sich hierbei stellen, vgl. nachfolgend Ziff. 2.

## 2. Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafantritt

### a) Formen des vorzeitigen Strafantritts

Verschiedene Kantone kennen das Institut des vorzeitigen Strafantritts, d.h. der Beschuldigte befindet sich mit seiner Zustimmung in einer Strafanstalt unter dem Vollzugsrégime, bevor gegen ihn ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Nach dem Zeitpunkt der rechtlichen Zulässigkeit lassen sich zwei Formen des vorzeitigen Strafantritts unterscheiden<sup>62</sup>.

Er kann einmal für den Fall vorgesehen sein, dass der

Beschuldigte nach Verurteilung durch ein erstinstanzliches Gericht ein die Vollstreckung hemmendes Rechtsmittel eingelegt hat<sup>63</sup>. Der vorzeitige Strafantritt kann zweitens nach einigen Prozessordnungen schon vor dem Urteil erster Instanz angeordnet werden, nach "Abschluss der Untersuchung"<sup>64</sup>, "sofern der Stand der Untersuchung es erlaubt"<sup>65</sup> bzw. die Untersuchung "soweit fortgeschritten ist, dass eine weitere Abhörung des Angeeschuldigten nicht mehr notwendig ist"<sup>65</sup>. Zur Verhinderung von Missbräuchen sehen die Gesetze verschiedene Kautelen vor, so die "schriftliche Zustimmung"<sup>66</sup>, das "ausdrückliche Einverständnis"<sup>67</sup> oder das Verlangen<sup>68</sup> des Betroffenen, das Vorliegen eines Geständnisses<sup>69</sup>, die Tatsache, dass mit grösster Wahrscheinlichkeit mit einer längeren, unbedingten Freiheitsstrafe zu rechnen ist<sup>70</sup>, die Gelegenheit, sich vorher mit dem Verteidiger zu besprechen<sup>71</sup> oder die Zustimmung der Aufsichtsbehörde<sup>71a</sup>. Nicht vorausgesetzt, aber im Regelfall zu unterstellen, ist das Weiterbestehen eines prozessualen Haftgrundes<sup>72</sup>.

#### b) Wirkungen

Dem Beschuldigten verschafft der vorzeitige Strafantritt Befreiung von drückender Einzelhaft, die Zulassung zu gemeinsamer Arbeit sowie angemessene körperliche Bewegung<sup>73</sup>. Die Möglichkeit solcher Vollzugserleichterungen mag einzelne Kantone bewogen haben, den vorzeitigen Strafantritt auch ohne hinreichende gesetzliche Grundlage zuzulassen<sup>74</sup>, eine Praxis, die mit Zurückhaltung ausgeübt, grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

Die Zeit, in welcher sich ein Beschuldigter im vorzeitigen Strafvollzug befunden hat, ist durch die zuständige Strafvollzugsbehörde in jedem Fall von der durch das Urteil ausgefallten Freiheitsstrafe abzuziehen<sup>75</sup>. Der Betroffene erhält damit Gewähr, dass ihm seine Haft - im Gegensatz zur Untersuchungshaft, welche vom Richter lediglich nach Massgabe des Art. 69 StGB zu berücksich-

tigen ist - unter allen Umständen angerechnet wird. Insofern werden Beschuldigte benachteiligt, da sie allenfalls in einem Kanton verfolgt werden, dessen Recht oder Praxis den vorzeitigen Strafantritt nicht kennt<sup>76</sup>.

Der Beschuldigte erkaufte diese Gewissheit allerdings mit anderen Rechtsnachteilen. Der vorzeitige Strafvollzug wirkt sich rückfallsbegründend im Sinne von Art. 67 StGB aus. Desgleichen wird er zuungunsten des Täters bei den objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 und der Sicherungsverwahrung gemäss Art. 42 Ziff. 1 Abs. 1 StGB berücksichtigt. Die Berücksichtigung der angerechneten Untersuchungshaft in solchen Fällen ist dagegen zumindest umstritten<sup>77</sup>.

c) Vorzeitiger Strafantritt und Unterbringung in eine Anstalt

aa) Wesen der Unterbringung:

Der vorzeitige Strafvollzug darf nicht mit der Unterbringung in einer Strafanstalt als Vollzugsmodalität der Untersuchungshaft verwechselt werden. Letztere setzt immer das Vorliegen von Haftgründen voraus, welche die Fortdauer der Haft rechtfertigen. In Frage steht lediglich die Art und Weise des Vollzugs der Untersuchungshaft<sup>78</sup>. Die Unterscheidung beider Institute wurde bedauerlicherweise nicht in allen Prozessordnungen mit der nötigen Klarheit getroffen. Eindeutig ist die Rechtslage nur dort, wo die Einweisung in eine Strafanstalt neben dem vorzeitigen Strafantritt aufgeführt wird. So bestimmt Thurgau in § 123 StPO:

(....)

"Ferner kann das Justizdepartement bei Sicherheitshaft gemäss § 115 Abs. 3 nach Anhören des Angeeschuldigten und des Untersuchungsrichters die Durchführung der Haft in einer Straf- oder Verwahrungsanstalt anordnen.

Mit schriftlicher Zustimmung des Angeschuldigten kann nach Abschluss der Untersuchung die Einwei-

sung in eine Anstalt zum vorzeitigen Strafvollzug erfolgen."

In allen anderen Fällen, in welchen sich die Unterscheidung nicht bereits aus einer gesetzlichen Gegenüberstellung ergibt, ist abzuklären, ob Untersuchungshaft oder Strafhafte vorliegt.

bb) Abgrenzungskriterien:

Was als Strafvollzug oder - in Abgrenzung davon - als Untersuchungshaft im Sinne von Art. 69 StGB zu gelten hat, entscheidet das Strafgesetzbuch, nicht die kantonalen Prozessrechte<sup>79</sup>. Hiefür bedarf es einheitlicher Kriterien. Wie eine einzelne Prozessordnung die Anstaltseinweisung benennt, kann daher für die Unterscheidung nicht massgebend sein<sup>80</sup>. So findet man etwa in St. Gallen unter dem Marginalie "Verbringung in eine Anstalt" den vorzeitigen Strafantritt geregelt<sup>81</sup>.

Strafvollzug liegt vor, wenn drei Voraussetzungen kummulativ erfüllt sind:

Der Beschuldigte muss sich erstens in einer zum Strafvollzug bestimmten Anstalt aufhalten und grundsätzlich der Hausordnung für Strafgefangene unterstehen. Ob er formell noch den Status eines Untersuchungsgefangenen innehat, ist unerheblich<sup>82</sup>.

Zweitens darf die Dauer des Freiheitsentzugs bis zum ordentlichen Strafantritt einzig vom zu erwartenden, im Urteil auszusprechenden, Strafmass abhängen<sup>83</sup>. Denn nach Art. 40 Abs. 1 StGB darf der Vollzug einer Freiheitsstrafe nur aus wichtigen Gründen unterbrochen werden. Diese Vorschrift ist Ausdruck des Grundsatzes der Kontinuität im Vollzug der Freiheitsstrafen, der seinerseits auf der Idee beruht, dass die mit dem Strafvollzug verbundenen Zwecke nur erreicht werden, wenn der Freiheitsentzug - einmal begonnen - ohne Unterbrechung durchgeführt werden kann<sup>84</sup>. Konkret besagt dies, dass der Aufenthalt in der Strafanstalt unabhängig vom

Fortbestehen eines prozessualen Haftgrundes zu sein hat<sup>85</sup>, so dass der Eingewiesene beim Wegfall dieses Grundes nicht vorzeitig entlassen werden muss<sup>86</sup>.

Schliesslich muss der Aufenthalt in der Strafanstalt von der Zustimmung des Betroffenen abhängig sein. Nur bei Vorliegen einer solchen Willenserklärung hält die Einweisung in eine Anstalt - sofern sie sich nicht auf strafprozessuale Haftgründe abstützen lässt<sup>87</sup> - vor dem Grundrecht der persönlichen Freiheit stand. Keinen Strafvollzug stellt demgemäss die sicherheitspolizeiliche Einweisung eines Beschuldigten gemäss § 123 der thurgauischen StPO dar, da die fragliche Bestimmung lediglich die Anhörung des Angeeschuldigten verlangt.

Nach den drei genannten Kriterien beurteilt sich, ob eine Anstaltseinweisung von den Strafvollzugsbehörden in jedem Fall oder vom Richter nach Massgabe des Art. 69 StGB an die Strafe anzurechnen sei. Dem Verurteilten ist zu wünschen, dass er nicht in einen negativen Kompetenzkonflikt gerate.

3. Untersuchungshaft und Sicherheitshaft gemäss Art. 375 Abs. 1 StGB

a) Allgemeines zur Unterscheidung

Nach Art. 375 Abs. 1 StGB ist "auf die zu vollziehende Freiheitsstrafe unverkürzt die Haft anzurechnen, die der Verurteilte zwischen der Fällung des letzten Urteils und dem Beginne der Vollziehung der Freiheitsstrafe erlitten hat". Diese Regelung richtet sich, wie etwa diejenige von Art. 40 Abs. 2 StGB über die Anrechnung des Aufenthaltes in einer Heil- oder Pflegeanstalt während des Strafvollzuges, an die Vollzugsbehörden, da nach dem letzten Urteil kein Richter mehr über die Anrechnung dieses Freiheitsentzuges befinden kann<sup>88</sup>. Demgegenüber ist nach Art. 69 StGB die Untersuchungs-

haft vom Richter nur anzurechnen, "soweit der Täter die Untersuchungshaft nicht durch sein Verhalten nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat".

Anlässlich der Debatte im Nationalrat über die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches bezeichnete der Kommissionssprecher LOGOZ die Abgrenzung zwischen diesen beiden Bestimmungen als "question assez ardue"<sup>89</sup> - mit Recht, denn in der II. Expertenkommission gab die Frage viel zu reden. Es wurden verschiedene Anträge zur Sache vorgebracht und wieder verworfen<sup>90</sup>. Bei allem Respekt vor den Vätern des Gesetzes muss festgestellt werden, dass diesbezüglich eine gewisse Konfusion herrschte.

Eher beiläufig wurde das Verhältnis zwischen Art. 69. und Art. 375 Abs. 1 StGB seit Inkrafttreten des Strafgesetzbuches von der Literatur, auch von der einschlägigen<sup>91</sup>, behandelt, dies, obgleich die Praxis zum Teil im Grenzbereich der beiden Normen mit Schwierigkeiten kämpft<sup>92</sup>.

Art. 375 Abs. 1 StGB regelt zweierlei: Ausdrücklich, nach welchen Grundsätzen die Anrechnung der "Sicherheitshaft" zu erfolgen hat, stillschweigend, welche Behörde, der Richter oder die Vollzugsorgane, hierüber befinden sollen<sup>93</sup>. Massgebend für beide Fragen ist der Zeitpunkt der "Fällung des letzten Urteils".

b) Der Begriff des "letzten Urteils"

aa) Die Auffassung Leuchs:

Im Terminus "letztes Urteil" im Sinne von Art. 375 Abs. 1 StGB liegt nach LEUCH ein Verweis auf das kantonale Prozessrecht. Massgebend wäre danach das Urteil des letzten Gerichtes, das nach seinem Verfahrensrecht die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft zu prüfen hat:

"Auch die Sicherheitshaft bis zum Urteil des Kassationshofes wird übrigens, wenn es abweisend ausfällt, dem Verurteilten gemäss Art. 375 StGB als Strafvollzug anzurechnen sein. Denn letztes Urteil im Sinne dieser Bestimmung ist das Urteil des letzten Sachrichters, nicht des Rechtsmittelrichters, dem Strafzumessung nicht zusteht und der deshalb ausserstande ist, die Sicherheitshaft zwischen dem angefochtenen und seinem Urteil im Sinne von Art. 69 StGB zu berücksichtigen. Bei Erlass von Art. 375 waltete allerdings die Meinung vor, der Kassationshof könne dies, wie es das Militärkassationsgericht dank der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 50 MStG kann. Allein das war ein Irrtum."<sup>94</sup>

Diese Rechtsauffassung hätte zur Folge, dass in Kantonen, die eine Teilappellation<sup>95</sup> kennen<sup>96</sup>, die Haft nach dem Urteil erster Instanz Art. 375 Abs. 1 StGB unterstünde, sofern die Anrechnung der Untersuchungshaft durch die untere Instanz nicht mitangefochten würde, in den anderen Kantonen<sup>97</sup> jedoch Art. 69 StGB. Dies wäre angesichts der verschiedenen Voraussetzungen bezüglich der Haftanrechnung eine stossende Rechtsungleichheit. Die Auffassung Leuchs fand daher zu Recht in Schrifttum und Judikatur keine Befürworter.

bb) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung:

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt Art. 375 Abs. 1 StGB erst zum Zuge, wenn "nicht mehr der Richter, sondern nur noch die Vollzugsbehörde zum Worte kommen kann", d.h. wenn das gerichtliche Verfahren, einschliesslich eines allfälligen Kassationsverfahrens, abgeschlossen ist, gleichgültig, ob ein Sach- oder Prozessurteil ergeht<sup>98</sup>.

So verstanden greift Art. 375 Abs. 1 StGB in das kantonale Prozessrecht ein, indem er auch Gerichtsinstanzen, welche an die Anträge der Parteien gebun-

den sind und grundsätzlich keine Tatfragen überprüfen<sup>99</sup>, anhält, über die Anrechnung der Haft bis zur Eröffnung ihres Entscheides zu befinden.

cc) Die Notwendigkeit, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu präzisieren:

Der bundesgerichtliche Leitsatz, wonach Art. 375 Abs. 1 StGB - ungeachtet kantonaler Prozessvorschriften - erst zum Zuge kommen soll, wenn "nicht mehr der Richter, sondern nur noch die Vollzugsbehörde zum Worte kommen kann", würde, konsequent angewendet, dazu führen, dass beim Rückzug eines Rechtsmittels das angerufene Rechtsmittelgericht anlässlich des Erledigungsbeschlusses und nicht die Vollzugsbehörde über die zwischenzeitlich erstandene Haft befinden müsste. Gleiches hätte sinngemäss für eine verspätete, unzulässige oder formwidrige Rechtsmittelerhebung zu gelten.

Die Praxis geht nun aber, jedenfalls mit Bezug auf den Rückzug eines Rechtsmittels, mit guten Gründen und unangefochten den anderen Weg. Die höchstrichterliche Rechtsprechung bedarf daher einer Präzisierung, welche die tolerierten Ausnahmen vom Prinzip hinreichend erklärt.

dd) Die Vollstreckbarkeit des Urteils als Unterscheidungskriterium:

Dass beim Rückzug eines Rechtsmittels nicht die Rechtsmittelinstanz, sondern die Vollzugsbehörde über die Anrechnung der Haft während des Rechtsmittelverfahrens zu entscheiden hat, geht aus der alten Fassung des Art. 375 Abs. 2 StGB hervor. Dieser lautete: "Hat der Angeklagte ein Rechtsmittel ergriffen und wieder zurückgezogen, so wird die Zwischenzeit nicht angerechnet." und war, wie Abs. 1 der gleichen Bestimmung, an die Vollzugsbehörden gerichtet<sup>100</sup>.

Die Gesetzesrevision vom Jahre 1971, welche zusätz-

lich den Fall mit einbezog, dass der Angeklagte das Rechtsmittel trölerisch aufrechterhält, nahm dann zwar Art. 375 Abs. 2 StGB den Charakter einer rein an die Vollzugsbehörden gerichteten Vorschrift<sup>101</sup>, ohne aber an der Kompetenzverteilung im Falle eines Rückzuges etwas ändern zu wollen.

Der Grund für diese scheinbare Ausnahmeregelung ist letztlich ein verfahrensrechtlicher: Schon mit Kenntnisnahme der Rückzugserklärung durch das Rechtsmittelgericht wird das vorinstanzliche Urteil rechtskräftig und damit vollstreckbar. Der nachfolgende Abschreibungsbeschluss ist, nach einer Formulierung des Zürcher Obergerichts, eine "bloss technische Folge des Rückzugs, weil der Fall im Geschäftsverzeichnis abgeschrieben werden muss, unter Benachrichtigung der zuständigen Instanzen."<sup>102</sup>

Mit Eintritt der Vollstreckbarkeit des Urteils geht die Zuständigkeit betreffend den sich in Haft befindenden Verurteilten vom Richter an die Strafvollzugsbehörden über. Ist, wie im Falle des Rückzugs eines Rechtsmittels, die Vollstreckbarkeit vor Abschluss des gerichtlichen Verfahrens eingetreten, hat der Rechtsmittelrichter über die zwischenzeitliche Haft nicht mehr zu befinden, bleibt also für die Anwendung von Art. 69 StGB kein Platz. Zögert sich der Strafvollzug hinaus, dann hat der Verurteilte Anspruch darauf, dass ihm die Haft gemäss Art. 375 Abs. 1 StGB in jedem Fall auf die Strafe angerechnet wird.

Aus dem Gesagten folgt, dass sich die Rechtsmittelinstanz auch bei einem verspätet eingereichten, unzulässigen oder formwidrigen Rechtsmittel nicht über die Anrechnungsfrage auszulassen hat, da die aufgezählten Mängel die Vollstreckbarkeit des Urteils unterer Instanz eintreten lassen und nicht einzusehen ist, weshalb die genannten Fälle anders als derjenige des Rückzuges behandelt werden sollten.

Verspätet ist ein Rechtsmittel eingelegt, wenn der Beschwerde die Anfechtungsfrist unbenützt verstreichen liess und keine Restitutionsgründe vorliegen<sup>103</sup>.

Unzulässig ist ein für den konkreten Fall gesetzlich nicht vorgesehenes Rechtsmittel, so etwa, wenn gegen ein inappellables Urteil Berufung eingelegt wird<sup>104</sup>. Der Umstand, dass bei Erhebung eines Rechtsmittels Beschwerdegründe vorgebracht werden, welche das Rechtsmittelgericht nicht überprüfen kann, macht das Rechtsmittel als solches nicht unzulässig.

Unter Formwidrigkeit wird hier nur das Fehlen der Schriftform verstanden. Andere, untergeordnete Formverletzungen wie: fehlende Unterschrift oder fehlende Vollmacht des Rechtsvertreters, Fehlen einer ausreichenden Begründung, unleserliche, weitschweifige oder ungehörige Rechtsschriften lassen die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht ohne weiteres eintreten und fallen daher in diesem Zusammenhang ausser Betracht<sup>105</sup>.

c) Die Unterscheidung im einzelnen, insbesondere im Rechtsmittelverfahren

Der Zeitpunkt, in welchem die Untersuchungshaft nach Art. 69 StGB in die Sicherheitshaft gemäss Art. 375 Abs. 1 StGB übergeht, ist vom Verhalten des Verurteilten sowie von äusseren Umständen abhängig. Es lassen sich im wesentlichen vier Fälle unterscheiden:

aa) Ordentliches Rechtsmittel mit Suspensiveffekt:

Verzichtet der Verurteilte während der laufenden Rechtsmittelfrist auf das Einlegen eines ordentlichen Rechtsmittels, zieht er ein solches zurück oder lässt er die Frist ohne Erklärung verstreichen, untersteht die über das erstinstanzliche Urteil hinausgehende Haft Art. 375 StGB. In den genannten Fällen lässt sich somit die Art der Haft -

Untersuchungshaft oder Sicherheitshaft - erst rückblickend qualifizieren.

bb) Ausserordentliche Rechtsmittel:

Zögert sich der Beginn des Strafvollzuges hinaus, weil der Verurteilte erklärt, ein ausserordentliches Rechtsmittel einlegen zu wollen, ohne ein solches in der Folge zu ergreifen, kommt für die zwischenzeitliche Haft Art. 375 StGB zur Anwendung.

Ist das Rechtsmittel mit lediglich fakultativer Vollstreckungshemmung ausgestaltet, verstreicht bis zum Entscheid über die Bewilligung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung eine gewisse Zeit. Nach LEUCH<sup>106</sup> sollte die Strafvollzugsbehörde den Vollzug des Urteils ohne Rücksicht auf eine hängige Nichtigkeitsbeschwerde anordnen und es darauf ankommen lassen, bisweilen einen Verurteilten aus dem Strafvollzug in die Sicherheitshaft zurückführen zu müssen. Gegen ein solches Vorgehen erheben sich schwerwiegende Bedenken, stellt doch die zwangsweise Ueberführung eines Verurteilten in den Strafvollzug kurz vor der gerichtlichen Entscheidung eine unzulässige Vorwegnahme derselben und, psychologisch gesehen, eine Respektlosigkeit gegenüber dem Verurteilten und dem urteilenden Rechtsmittelgericht dar<sup>107</sup>.

Wird dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung abgesprochen, greift für den Zeitraum zwischen dem Entscheid der unteren Instanz bis zum Strafvollzug Art. 375 StGB Platz. Im anderen Fall entscheidet das angerufene Gericht nach Art. 69 StGB.

Wird ein Urteil von der oberen Instanz aufgehoben und der Fall zur Neuurteilung an das untere Gericht zurückgewiesen, kann letzteres über die fortdauernde Haft befinden. Kassationsgerichte sind daher im Regelfall nur gehalten, einen Anrechnungsentscheid zu treffen, wenn sie ein Begehren abweisen.

cc)      Nachträgliches Einreichen eines Rechtsmittels:

Bei einem Nichtigkeits- oder Revisionsbegehren aufgrund eines nachträglich entdeckten Mangels sowie im Falle eines erfolgreichen Gesuches um Wiederherstellung einer abgelaufenen Rechtsmittelfrist kann die Vollstreckbarkeit des Urteils beseitigt werden und die gerichtliche Kompetenz betreffend den Verurteilten wieder aufleben<sup>108</sup>. Die Haft vom Zeitpunkt der Aufhebung der Vollstreckbarkeit bis zum neuerlichen Entscheid untersteht Art. 69 StGB, sofern der Strafvollzug tatsächlich unterbrochen wurde.

dd)      Verzögerungen beim Strafantritt:

Bedingt durch äussere, vom Verurteilten nicht zu vertretende Umstände schliesst sich der Strafvollzug nicht in jedem Fall an die Untersuchungshaft an, sei es, weil der Verurteilte aus administrativen Gründen nicht gleichentags in eine geeignete Vollzugsanstalt überführt werden kann oder weil sich dort Platzprobleme stellen. Massgebend ist diesfalls Art. 375 Abs. 1 StGB.

d)      Hinweise auf Mängel bei der Rechtsanwendung

Anhand dreier Urteile des waadtländischen Kassationshofes weist ZIRILLI darauf hin, dass die Praxis nicht immer mit der gesetzlichen Abgrenzung der Haftanrechnung konform geht<sup>109</sup>. In den von ihr genannten drei Fällen entschied das Gericht offenbar nicht über die Haft zwischen dem erstinstanzlichen Urteil und seiner eigenen Entscheidung. Die Verfasserin erklärt dieses Versehen damit, dass der Kassationshof gemäss Art. 447 Abs. 2 CPP an die tatsächlichen Feststellungen der unteren Instanz gebunden sei und üblicherweise nachträglich eingetretene Umstände nicht in Betracht ziehen könne<sup>110</sup>. Der Verdacht liegt nahe, dass diese Unterlassungssünde nicht auf den Kanton Waadt beschränkt ist. Für eine schlüssige Beweis-

führung eignen sich im allgemeinen die veröffentlichten Urteilsauszüge allerdings nicht, aussagekräftig wären die unveröffentlichten Urteilsdispositive. Immerhin beschäftigte ein ähnlicher Fall vor kurzem das Bundesgericht; das Obergericht des Kantons Bern hatte es unterlassen, über die Haft im Rechtsmittelverfahren zu urteilen<sup>111</sup>.

Dass die Gerichte ganz allgemein mit Bezug auf die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft recht nachlässig verfahren und diese häufig ganz einfach vergessen, zeigen auch Untersuchungen in den Kantonen Aargau, Schwyz, Luzern, Tessin und Graubünden<sup>112</sup>. Es ist dann an den Strafvollzugsbehörden, diesen Rechtsmangel formlos zugunsten des Verurteilten zu beheben, auch wenn ein solches Vorgehen unter dogmatischen Gesichtspunkten bedenklich erscheint<sup>113</sup>.

#### 4. Die einzelnen Haftgründe

##### a) Die Haftgründe der Flucht- und Kollusionsgefahr

##### aa) Erscheinungsformen:

Das Strafverfahren bezweckt in erster Linie die Abklärung der Frage, ob und in welchem Umfang gegen eine bestimmte Person ein staatlicher Strafanspruch besteht. Daneben dient das Verfahren auch zum Entscheid über die Verhängung strafähnlicher Nebenfolgen sowie sichernder und bessernder Massnahmen<sup>114</sup>. Die Untersuchungshaft soll demgemäss vor allem verhindern, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entzieht oder dieses durch ein verpöntes Verhalten sabotiert.

Fluchtgefahr besteht, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen bei Würdigung der Umstände des Einzelfalls es als wahrscheinlicher erscheint, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entziehen werde, als angenommen werden kann, er werde sich dem Verfahren zur Verfügung halten<sup>115</sup>.

Kollusionsgefahr besteht, wenn aufgrund der Umstände anzunehmen ist, der Beschuldigte werde durch Vernichten, Verändern, Beiseiteschaffen, Unterdrücken oder Fälschen von sachlichen Beweismitteln oder durch unlauteres Einwirken auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige die Wahrheitsermittlung zu verhindern suchen<sup>116</sup>.

Die einzelnen Prozessordnungen gehen in der Regel in ihren Haftvoraussetzungen weiter, als es unter dem Gesichtspunkt des Verfahrenszwecks unbedingt erforderlich wäre. So wird etwa durch Fluchtpräsumtionen wie die Schwere der Tat (bzw. die Höhe oder Art der angedrohten<sup>117</sup> oder zu erwartenden<sup>118</sup> Strafe) oder der mangelnde Nachweis der Identität<sup>119</sup> oder eines Wohnsitzes<sup>120</sup> die Fluchtgefahr im Einzelfall fingiert. Der Haftgrund der Kollusionsgefahr wird demgegenüber zumeist auch zum Zwecke der blossen Beweiserleichterung statuiert. Der Untersuchungszweck ist jedoch streng besehen nur bei einer drohenden Beweisvereitelung gefährdet<sup>121</sup>.

bb)           Anrechenbarkeit:

Inhaftierungen wegen Flucht- und Kollusionsgefahr gehören als klassische Haftgründe zum Kernbereich von Art. 110 Ziff. 7 StGB. Der Umstand, dass sich die Anordnung der Haft nicht immer mit den Erfordernissen des Strafverfahrens zu decken braucht, zeigt, dass sich der Begriff der Untersuchungshaft nicht oder nur mit Einschränkungen durch den Zweck des Strafverfahrens definieren lässt (wie oben unter § 2 II. 2. festgestellt).

b)           Der Haftgrund der Fortsetzungsgefahr

aa)           Begriff, Einordnung:

Mit Ausnahme von Zürich, Glarus, Wallis und dem Bund kennen alle Prozessordnungen der Schweiz einen unterschiedlich umschriebenen Haftgrund der Fortsetzungs- oder Wiederholungsgefahr<sup>122</sup>. Im Gegensatz zur zeitlich beschränk-

ten polizeilichen Präventivhaft, wie sie etwa in Gemeindegesehen geregelt ist<sup>123</sup>, oder dem Institut der vor-mundshaftlichen oder administrativen Anstaltseinweisung knüpft die strafprozessuale Fortsetzungshaft an den Verdacht eines bereits begangenen Deliktes an.

Die sachliche Berechtigung dieses Haftgrundes wird in der Schweiz im allgemeinen nicht angezweifelt<sup>124</sup>. Beanstandet werden unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nur die zu weit gefassten gesetzlichen Voraussetzungen<sup>125</sup>. Das Bundesgericht hat wiederholt, wenn auch eher beiläufig, den Schutz der öffentlichen Ordnung als prozessualen Haftgrund anerkannt<sup>126</sup>.

Im Unterschied zur Haft wegen Flucht- und Kollusionsgefahr stellt die Fortsetzungshaft keinen eigentlichen strafprozessualen Freiheitsentzug dar. Sie hat polizeilich-administrativen Charakter<sup>127</sup>. In ihrer Anordnung eine Vorwegnahme der Strafe zu erblicken<sup>128</sup>, geht angesichts der Unschuldsumutung von Art. 6 Abs. 2 MRK zu weit<sup>129</sup>. Vorweggenommen wird lediglich die Sicherungsfunktion der Strafe<sup>130</sup>. Da nach der geltenden Strafrechtskonzeption das repressive und das präventive Element ohnehin nicht mehr scharf getrennt werden können, fügt sich der Haftgrund der Fortsetzungshaft zwangslos in das System des prozessualen Haftrechts ein<sup>131</sup>.

bb) Anrechenbarkeit:

Ueber die Frage der Anrechenbarkeit der Fortsetzungshaft existiert, soweit ersichtlich, keine publizierte Rechtsprechung und auch keine Stellungnahme in der Literatur. Für die Unterstellung dieses Freiheitsentzuges unter Art. 110 Ziff. 7 StGB lassen sich sowohl historische Gründe als auch der Wortlaut der Bestimmung selbst anführen. Zur Zeit der Vorentwürfe zu einem eidgenössischen Strafrecht und der Beratungen der Expertenkommissionen kannte bereits eine ganze Reihe von Kantonen einen irgendwie gearteten sicherheitspolizeilichen Haftgrund<sup>132</sup>. Zu keiner Zeit bestand während der Gesetzge-

bungsarbeit die Meinung, diesen Haftgrund auszuklammern. Der Gesetzgeber war im Gegenteil bestrebt, eine gesetzliche Umschreibung zu finden, welche alle Haftarten einschliesse<sup>133</sup>. Demgemäss spricht Art. 110 Ziff. 7 StGB von jeder in einem Strafverfahren verhängten Haft.

Sieht man in der Erwähnung des Begriffspaares "Untersuchungs- und Sicherheitshaft" (im engeren Sinne) einen Verweis auf die Terminologie der kantonalen Prozessrechte, dann lässt sich der präventivpolizeiliche Haftgrund je nach Prozessordnung unter den Begriff der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft einordnen<sup>134</sup>.

Die Fortsetzungshaft kann schliesslich auch als "détention pour motif de sûreté" bzw. "carcerazione per motivo di sicurezza" bezeichnet werden.

c) Die Haftgründe der öffentlichen Erregung und der Deliktsschwere; die Schutzhaft

aa) Begriff, Erscheinungsformen:

Neben den Haftgründen der Flucht-, Kollusions- und Wiederholungsgefahr findet sich in einigen Gesetzen in verhüllter Form ein Haftgrund, dessen Motivation darin besteht, den Betroffenen von der Gesellschaft zu trennen: die sogenannte Bannhaft<sup>135</sup>. Es soll der Öffentlichkeit, der "freien Gemeinschaft der Rechtsgenossen"<sup>136</sup>, welche sich nicht um die juristische "Fiktion" des Unterschieds zwischen Beschuldigtem und Verurteiltem kümmert<sup>137</sup>, nicht zugemutet werden, mit einem "Täter", der ein schweres Verbrechen verübt hat und gegen den keine sonstigen Haftgründe vorliegen, zusammenleben zu müssen. Der empörte Bürger ruft nach sofortigen Sanktionen, die Zeit bis zur Urteilsfällung dauert ihm zu lange<sup>138</sup>. Dieser archaische Haftgrund findet merkwürdigerweise noch immer Befürworter<sup>139</sup>.

Der Gedanke, das erregte Volk müsse besänftigt werden, kann einmal in den Haftgrund der Deliktsschwere

eingeflossen sein. Verschiedene kantonale Prozessordnungen sehen vor, dass die Schwere der Tat einen hinreichenden Grund zur Verhaftung abgibt<sup>140</sup>. Der Haftgrund des öffentlichen Aergernisses kann zum anderen auch in der von einzelnen Verfahrensgesetzen verwendeten Generalklausel der Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit, unter die üblicherweise der Haftgrund der Fortsetzungsgefahr subsumiert wird, miteingeschlossen sein<sup>141</sup>.

Weniger vom Gedanken der Rücksichtnahme auf die Öffentlichkeit als von der Absicht, den Beschuldigten vor einer Lynchjustiz zu schützen, ist eine Bestimmung in den Prozessordnungen beider Basel geprägt. Danach ist die Anordnung der Haft zulässig, um den Tatverdächtigen vor einer unmittelbar drohenden Gefährdung zu bewahren<sup>142</sup>.

bb) Anrechenbarkeit:

Auch die Haft aus Rücksicht auf die öffentliche Meinung und die Schutzhaft fallen - ungeachtet ihrer rechtsstaatlichen Fragwürdigkeit - als Freiheitsentzug aus Anlass eines Strafverfahrens unter den Begriff der Untersuchungshaft im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 StGB. Was mit Bezug auf die Fortsetzungshaft ausgeführt wurde, gilt sinngemäss auch für diese Haftarten.

5. Polizeihaft

a) Begriff

Polizeihaft, wie sie hier verstanden wird, ist jede Verwahrung eines Beschuldigten durch die Polizei aufgrund eigener Verhaftskompetenz oder aufgrund ihres Rechts zur vorläufigen Festnahme.

Die Zuständigkeit zum Erlass eines Haftbefehls während der Strafuntersuchung liegt in den meisten Kantonen in

den Händen des Staatsanwalts, Amtstatthalters, Untersuchungs- oder Verhorrichters. Einige Kantone sowie der Bund räumen die Verhaftskompetenz auch polizeilichen oder politischen Organen ein<sup>143</sup>.

Die meisten Prozessgesetze sehen im weiteren die vorläufige Festnahme eines Tatverdächtigen ohne Haftbefehl durch die Polizei vor, zumeist dann, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls gegeben sind und Gefahr im Verzug ist, so dass ein Haftbefehl nicht mehr eingeholt werden kann<sup>144</sup>.

Die Dauer der Polizeihaft ist zeitlich beschränkt. Die gesetzliche Frist zur Ueberstellung des Verhafteten an die Untersuchungsbehörde beträgt in Zürich, Aargau und Genf 24 Stunden. Häufig ist der erste Tag nach der Festnahme<sup>145</sup> oder der erste Werktag<sup>146</sup> der massgebende Zeitpunkt, an welchem der Festgenommene überstellt werden muss. In Schaffhausen beträgt die Frist 48 Stunden<sup>147</sup>.

#### b) Bedeutung

Dem Polizeiverhaft kommt in der Praxis eine grössere Bedeutung zu, als man aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen annehmen würde. Bekanntlich besteht in vielen Kantonen und auch im Bund die - mit Blick auf die Rechtstellung des Beschuldigten problematische - Tendenz, die Voruntersuchung in das polizeiliche Ermittlungsverfahren zu verlagern<sup>148</sup>. Nach den Prozessgesetzen sollte sich die Rolle der Polizei in der Regel darauf beschränken, bei Verdacht auf ein Verbrechen oder Vergehen die ersten Erhebungen vorzunehmen, die Spuren festzustellen und zu sichern, sowie alle Massnahmen zu treffen, die ohne Gefahr nicht verschoben werden können<sup>149</sup>.

Die Verselbständigung der polizeilichen Ermittlungstätigkeit führt ihrerseits dazu, dass von Seiten der Polizei vom Recht zur vorläufigen Festnahme sehr ausgiebig Gebrauch gemacht wird und die polizeiliche Inhaftierung als erstes Stadium der Untersuchungshaft in gewissen Kan-

tonen eher den Regelfall darstellt.

c) Anrechenbarkeit

Auch die Polizeihaft ist Untersuchungshaft im Sinne von Art. 69 StGB<sup>150</sup>. Obgleich sie der förmlichen Eröffnung einer Strafuntersuchung zumeist vorausgeht, stellt sie rückblickend eine "Haft in einem Strafverfahren" im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 StGB dar. Das wird von Gerichten unterer Instanzen bisweilen übersehen<sup>151</sup>. Selbst wenn der Freiheitsentzug die Dauer eines Tages unterschreitet, bleibt er grundsätzlich anrechnungsfähig<sup>152</sup>.

Keine Untersuchungshaft stellt der Freiheitsentzug aufgrund der vorläufigen Festnahme eines in flagranti ertappten Täters durch Privatpersonen dar. Die Festnahme durch Privatpersonen ist ein die Strafbarkeit der Freiheitsberaubung ausschliessendes Recht<sup>153</sup>, keine staatliche Zwangsmassnahme gegen den Beschuldigten<sup>154</sup>.

6. Auslieferungshaft

a) Begriff

Auslieferungshaft ist jede Verwahrung eines Beschuldigten oder Verurteilten durch die Behörden des Staates, auf dessen Gebiet er sich aufhält, um ihn einem ersuchenden Staat zur Durchführung einer Strafverfolgung zu überantworten<sup>155</sup>. Hierzu gehört die ordentliche Inhaftnahme aufgrund eines Auslieferungsbegehrens ebenso wie die vorläufige Festnahme vor Eintreffen eines formellen Begehrens<sup>156</sup>, im Regelfall übermittelt durch die Internationale Kriminalpolizeiliche Organisation (Interpol)<sup>157</sup>.

b) Auslieferungshaft zum Zwecke der Strafuntersuchung; Anrechenbarkeit

In seinem Entscheid BGE 76 IV 24 liess das Bundesge-

richt die Frage offen, ob die Auslieferungshaft zur Durchführung einer Strafuntersuchung unter den Begriff der Untersuchungshaft im Sinne der Art. 110 Ziff. 7 und 69 StGB falle, bejahte diese Frage jedoch 21 Jahre später im Entscheid BGE 97 IV 160, dies im Einklang mit der kantonalen Gerichtspraxis<sup>158</sup> und der Literatur<sup>159</sup>. Für diese Auffassung lassen sich zur Hauptsache zwei Begründungen anführen, eine historische und eine teleologische.

In den Erläuterungen zur Vorlage der Redaktionskommission vom August 1915 stellte deren Verfasser ZUERCHER zu Art. 69 StGB fest:

"Für die Abrechnung an der Strafe (Art. 69 StGB) soll jede Art Vorverhaft in der betreffenden Strafsache fallen, somit auch der auf ein Auslieferungsbegehren unsererseits hin im Auslande verhängte Sicherheitsverhaft."<sup>160</sup>

In den Expertenberatungen wurde dann die ausdrückliche Nennung der Auslieferungshaft im Gesetz vorgeschlagen<sup>161</sup>. Der Sache nach blieb dieser Vorschlag unbestritten<sup>162</sup>, doch wurde die Frage der Erwähnung des Auslieferungsverfahrens als redaktionelles Problem an die Redaktionskommission zur Abklärung verwiesen, da man der Ansicht war, dass diese Beifügung mit Rücksicht auf das Wort "Sicherheitshaft" vielleicht nicht erforderlich sei<sup>162</sup>.

Angesichts dieser Sachlage erscheint es unverstündlich, wie das Bundesgericht in BGE 102 I b 252 feststellen konnte:

"Als der Gesetzgeber Bestimmungen über die Anrechnung der Untersuchungshaft (Art. 69 StGB) und der Sicherheitshaft (Art. 375 StGB) aufstellte, hatte er innerstaatliche Verhältnisse im Auge. An die Haft, welche ein Beschuldigter oder Verurteilter aufgrund eines schweizerischen Auslieferungsbegehrens im Ausland erleidet, dachte der Gesetzgeber offensichtlich nicht."

Er dachte!

Das teleologische Argument, welches für die Anrechenbarkeit der Auslieferungshaft an die Strafe spricht, lautet in der Formulierung des Bundesgerichtes wie folgt:

"Als Untersuchungshaft, die nach Art. 69 StGB auf die Freiheitsstrafe angerechnet werden kann, gilt gemäss Art. 110 Ziff. 7 StGB jede in einem Strafverfahren verhängte Haft, gleichgültig, ob sie die Durchführung der Strafuntersuchung gewährleisten soll oder ob sie bloss die Sicherstellung der Person des Beschuldigten bezweckt. In beiden Fällen dient der Freiheitsentzug unmittelbar den Interessen der Strafverfolgung. Diese Voraussetzungen treffen auch auf die Auslieferungshaft zu, der sich ein Verfolgter während der Dauer des Auslieferungsverfahrens im Auslande zu unterziehen hat. Der Auslieferung ist begriffswesentlich, dass der Verfolgte durch die Behörden des Staates, auf dessen Gebiet er sich aufhält, den Behörden des verfolgenden Staates zur Durchführung einer gegen ihn gerichteten Strafverfolgung überantwortet wird. Die Haft, ... liegt daher im Interesse der Strafverfolgung, weshalb die Auslieferungshaft als eine in einem Strafverfahren verhängte Haft im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 StGB zu gelten hat..." <sup>163</sup>

Die Argumentationsweise des Bundesgerichts will nicht so recht gefallen, denn sie ist "überschiessend". Unter Art. 110 Ziff. 7 StGB fällt, wie die Haftgründe der Fortsetzungsgefahr und der öffentlichen Erregung zeigen, nicht nur jede Haft im Interesse der Strafverfolgung, sondern schon jede Haft aus Anlass eines Strafverfahrens <sup>164</sup>.

c) Auslieferungshaft zum Zwecke des Strafvollzugs;  
Anrechenbarkeit

Die Auslieferung zum Zwecke des Strafvollzugs setzt das Vorliegen eines vollstreckbaren Urteils voraus. Demgemäss ist für die Frage der Haftanrechnung Art. 375 Abs. 1 StGB massgebend. Der Entscheid steht den Vollzugsbehörden zu. Gewisse Schwierigkeiten ergeben sich jedoch aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber bei der Abfassung von Art. 375 StGB <sup>165</sup> nur an die Fälle dachte, in welchen sich der Verurteilte zur Zeit des Urteils in Untersuchungs-

haft befindet und durch Einlegung von Rechtsmitteln den Beginn des Strafvollzugs beeinflussen kann<sup>166</sup>.

Nach BGE 102 I b 252 sind die Grundsätze von Art. 69 StGB über die Anrechnung der Untersuchungshaft von den Strafvollzugsbehörden sinngemäss anzuwenden<sup>167</sup>. Wird eine Person sowohl für eine gegen sie laufende Strafuntersuchung als auch zur Verbüssung einer Strafe ausgeliefert, dann haben nach dem genannten Entscheid Richter und Vollzugsbehörden unabhängig voneinander über die Anrechnungsfrage zu entscheiden. Der Richter kann eine Anrechnung nach Art. 69 StGB auf die von ihm ausgesprochene Strafe vornehmen, auch wenn die Vollzugsbehörde sie abgelehnt hat, oder sie verweigern, obwohl die Vollzugsbehörde fand, die Haft sei grundsätzlich anrechenbar. Soweit aber eine Behörde die Anrechnung der Haft verfügt hat, kann sie von der anderen nicht nochmals ausgesprochen werden<sup>168</sup>.

d) Der interkantonale Vollzug von Haft- und Zuführungsbefehlen

Der zwischenstaatlichen Auslieferungshaft entspricht im innerstaatlichen Bereich der Vollzug von Haft- und Zuführungsbefehlen gemäss Art. 352 StGB. Von Auslieferungshaft pflegt man allerdings in diesem Zusammenhang nicht zu sprechen. Die Anrechenbarkeit dieser meist kurzen Haft ist unbestritten<sup>169</sup>.

7. Durch militärgerichtliche Behörden angeordnete Haft

a) Die Verschiedenheit von haftverfügender und untersuchungsführender Behörde im allgemeinen

Für die Anrechenbarkeit der Untersuchungshaft an die Strafe bedarf es keiner Identität von haftverfügender und untersuchungsführender Behörde. Keine solche Identität ist beispielsweise gegeben, wenn die in einem Kanton angehobene Strafuntersuchung nach Art. 350 StGB zustän-

digkeitshalber an einen andern übergeht oder eine Bundesstrafsache nach Abschluss eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 107 BStPO zur Untersuchung und Beurteilung an einen Kanton delegiert wird, desgleichen beim Vollzug von Haft- und Zuführungsbefehlen nach Art. 352 StGB im innerstaatlichen und bei der Auslieferungshaft im zwischenstaatlichen Bereich.

b) Im Verhältnis bürgerlicher und militärischer Gerichtsbarkeit

Gemäss Art. 36 MStGB sind die Militärgerichte und die bürgerlichen Strafgerichte des Bundes und der Kantone zur gegenseitigen Rechtshilfe verpflichtet. Diese dem Wortlaut nach zu enge Bestimmung umfasst nach richtiger Interpretation alle militärischen und bürgerlichen Organe der Strafverfolgung im weitesten Sinn<sup>170</sup>.

Die im Rahmen dieser Rechtshilfe durch eine militärgerichtliche Behörde angeordnete Inhaftierung zur Durchführung eines bürgerlichen Strafverfahrens ist nach Massgabe des Art. 69 StGB an die Strafe anzurechnen<sup>171</sup>. Entsprechendes gilt für die vorläufige Festnahme einer Person, die nicht der Militärgerichtsbarkeit unterliegt, durch militärische Untersuchungsrichter oder Truppenoffiziere mit Untersuchungsrichterkompetenzen nach Art. 108 oder die militärischen Polizeidienste nach Art. 42 Abs. 1 MStGO, sowie für die Untersuchungshaft bei Aufhebung eines Militärstraiprozesses durch das Bundesgericht im Kompetenzkonfliktverfahren gemäss Art. 223 MStGB<sup>172</sup>.

Befindet sich ein Beschuldigter wegen eines militärgerichtlichen Verfahrens in Untersuchungshaft und läuft gegen ihn gleichzeitig eine zivile Strafuntersuchung, ist im Falle einer getrennten Beurteilung der Straftaten im bürgerlichen Strafurteil lediglich die durch das zivile Verfahren bewirkte Haftverlängerung an die Strafe anzurechnen<sup>173</sup>. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall<sup>174</sup>. Zu bemerken ist allerdings, dass eine solch ge-

trennte Beurteilung nur in seltenen Fällen erfolgen dürfte, da gemäss Art. 221 MStGB der Bundesrat bzw. nach Art. 17 bis lit. k MStV der Obergericht den Straffall zur ausschliesslichen Beurteilung aller Handlungen den bürgerlichen oder militärischen Gerichten zuweisen kann.

8. Die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt oder in ein Spital

a) Die Einweisungsgründe

Gemäss Art. 13 Abs. 1 StGB hat die Untersuchungsbehörde oder das urteilende Gericht eine ärztliche Untersuchung des Beschuldigten anzuordnen, wenn die betreffende Instanz Zweifel an dessen Zurechnungsfähigkeit hat oder wenn zum Entscheid über die Anordnung einer sichernden Massnahme Erhebungen über dessen körperlichen oder geistigen Zustand nötig sind. Diese Untersuchung kann ambulant oder durch Einweisung in eine entsprechende Anstalt erfolgen. Eine Einweisung in ein Spital oder eine psychiatrische Klinik kann sich ferner aufdrängen, wenn der Beschuldigte in der Untersuchungshaft erkrankt und eine Entlassung aus der Haft nicht zu verantworten ist. Zweck der Einweisung ist diesfalls die Wiederherstellung bzw. bestmögliche Erhaltung des Gesundheitszustandes des Betroffenen.

Beide Arten von Anstaltseinweisungen rechtfertigen die Anrechnung an die Strafe, jedoch aus verschiedenen Rechtsgründen.

b) Die Einweisung zum Zwecke der Begutachtung

aa) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung:

Die Einweisung zum Zwecke der Begutachtung stellt einen strafprozessual begründeten Freiheitsentzug dar. Die Anrechenbarkeit dieser Zwangsmassnahme ist denn auch, wenig-

stens dem Grundsatz nach, unbestritten<sup>175</sup>. Kontrovers ist dagegen die Frage, ob die Vollzugsmodalität oder der Freiheitsentzug als solcher für die Anrechnungsfähigkeit konstitutiv sein soll. Nach dem Entscheid BGE 85 IV 122 kann die Anstaltseinweisung aus Gründen der Billigkeit nur angerechnet werden, wenn der Freiheitsentzug in der Anstalt demjenigen in einem Untersuchungsgefängnis im wesentlichen gleichkommt<sup>176</sup>. Konkret heisst dies nach Auffassung des Bundesgerichtes, dass "der Beschuldigte in der Anstalt annähernd den gleichen Lebensbedingungen unterworfen ist, wie sie nach den kantonalen Vorschriften einem Untersuchungsgefangenen normalerweise auferlegt werden, soweit der Zweck der Einweisung und der Anstaltsbetrieb Abweichungen notwendig machen; zum mindesten muss die Bewegungsfreiheit nach aussen unterbunden sein und der Verkehr mit der Aussenwelt den bei der Untersuchungshaft üblichen Beschränkungen unterliegen"<sup>177</sup>.

bb) Kritik:

In seiner Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wies SCHULTZ, wie zuvor schon DUBS, darauf hin, dass der Freiheitsentzug als solcher - als schwerstmöglicher prozessualer Eingriff in die Rechtsgüter des Beschuldigten - die Anrechnung an die Strafe gemäss Art. 69 StGB begründe und nicht auf die Modalitäten dieses Entzugs abzustellen sei; wer im übrigen die Unterbringungsbedingungen der Untersuchungsgefangenen in den Heil- und Pflegeanstalten kenne, für den stehe fest, dass die Internierung in einer solchen Anstalt einen bedeutend schwereren Eingriff bedeute als die gewöhnliche Untersuchungshaft<sup>178</sup>.

Der Kritik der beiden genannten Autoren ist beizupflichten. Das verbindende Element zwischen Untersuchungs- und Strafhaft ist der Entzug der räumlichen Bewegungsfreiheit. Im übrigen unterscheiden sich die beiden Haftarten, in ihrer Zwecksetzung wie auch in ihrer Durchführung<sup>179</sup>.

Der Entzug der räumlichen Bewegungsfreiheit muss deshalb auch im Verhältnis "normaler" Untersuchungshaft zum Anstaltsaufenthalt das allein massgebende Kriterium bilden.

Das Bundesgericht verkennt im weiteren in seinem Entscheid, dass die Einweisung in eine Klinik zur Begutachtung vom Vorliegen bestimmter Haftgründe unabhängig ist<sup>180</sup>. Liegt keine Flucht- oder Kollusionsgefahr vor, darf nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Verkehr mit der Aussenwelt nur soweit eingeschränkt werden, als es der ärztliche Untersuchungszweck erheischt. Es wäre z.B. stossend, würde man einem Kollusionsverdächtigen die in der Heilanstalt verbrachte Zeit an die Strafe anrechnen, weil sein Brief- und Besuchsverkehr zu überwachen und einzuschränken war, einem in dieser Hinsicht Unverdächtigen jedoch nicht. Zutreffend- weil für den Freiheitsentzug begriffswesentlich - ist die ausdrückliche Hervorhebung der Unterbindung der Bewegungsfreiheit nach aussen. Eine völlige Unterbindung zu verlangen, wäre dagegen unangebracht. Ein täglicher Ausgang oder ein Urlaub, wie dies auch im Strafvollzug möglich ist, heben den Freiheitsentzug als solchen nicht auf.

#### c) Die Einweisung zur Pflege

Im Unterschied zur Anstaltseinweisung zur Beobachtung des Geisteszustandes ist die Einweisung des Beschuldigten zur Pflege immer an das Vorliegen von Haftgründen gebunden, da der Betroffene ansonsten in die Freiheit zu entlassen wäre.

Nach übereinstimmender Lehrmeinung ist für die Zeit der Heilbehandlung Art. 40 Abs. 2 StGB analog anwendbar, der bestimmt, dass der Aufenthalt in einer Heil- oder Pflegeanstalt während des Strafvollzugs grundsätzlich an die Strafe anzurechnen sei<sup>181</sup>. Die Gesetzesrevision vom 5. Oktober 1950 hat nun allerdings gegenüber dem früheren Rechtszustand eine zusätzliche Einschränkung dieses Grundsatzes gebracht, die für den Anstaltsaufenthalt während der Straf-

untersuchung nicht gelten kann. Danach ist die Anrechnung nicht nur bei arglistiger Veranlassung oder Verlängerung des Anstaltsaufenthaltes zu versagen, sondern auch bei offenkundig vorbestandener Krankheit.

Da - im Gegensatz zum Strafvollzug - der Zweck der Untersuchungshaft auch während eines Anstaltsaufenthaltes gewährleistet werden kann, ist vorbestandene Krankheit kein Versagungsgrund im Sinne von Art. 69 StGB. Dass der Zwangscharakter der Anstaltseinweisung genügt, um eine Anrechnung auf die Strafe zu rechtfertigen, ergibt sich auch aus Art. 43 Ziff. 5 Abs. 2 StGB, welcher bestimmt, dass die Dauer des Freiheitsentzugs durch Vollzug einer Massnahme am geistig Abnormen, zwangsläufig also auch betreffend Personen mit vorbestandener Krankheit, auf die Dauer einer bei ihrer Anordnung aufgeschobenen Strafe anzurechnen sei.

#### 9. Die administrative und vormundschaftliche Versorgung

##### a) Die Ersatzfunktion der Versorgungen

Die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt stellt nach den schweizerischen Strafprozessgesetzen entweder eine Untersuchungshandlung oder eine Vollzugsmodalität der Untersuchungshaft dar. Unsere Verfahrensgesetze kennen - im Gegensatz etwa zur einstweiligen Unterbringung nach § 126 a der deutschen Strafprozessordnung - die Präventiveinweisung eines geisteskranken Verdächtigen nicht. Die Funktion dieses fehlenden Sicherungsmittels erfüllt in erster Linie die in den meisten Kantonen bestehende Einrichtung der administrativen Versorgung oder die Anstaltseinweisung kraft Vormundschaftsrecht<sup>182</sup>. So sind im Kanton Zürich die Bezirksanwälte angewiesen, gegen Beschuldigte, bei welchen nach Abschluss der klinischen Beobachtung kein Verhaftungsgrund mehr besteht, die jedoch gemeingefährlich sind oder sonstwie ärztliche Betreuung in einer Anstalt erfordern, rechtzeitig das Verfahren zur administrativen oder vormundschaftlichen Verwahrung einzu-

leiten<sup>183</sup>.

b) Begriff

Unter administrativer Versorgung versteht man die durch Verwaltungsbehörden aufgrund öffentlich-rechtlicher Normen angeordneten Anstaltseinweisungen von arbeitsscheuen, liederlichen, lasterhaften, gemeingefährlichen, trunk- oder rauschgiftsüchtigen, sowie geisteskranken Personen zum Schutze der Oeffentlichkeit, aber auch für deren eigenes Wohlergehen<sup>184</sup>. Die kantonalen Versorgungsgesetze sollen demnächst durch eine MRK-konforme eidgenössische Regelung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Vormundschaftsrecht ersetzt werden<sup>185</sup>.

Neben den erwähnten kantonalen Normen ermöglicht das geltende Vormundschaftsrecht des Bundes Anstaltseinweisungen mündiger und entmündigter und das revidierte BMG die Hospitalisierung betäubungsmittelabhängiger Personen<sup>186</sup>.

c) Abgrenzung zur Untersuchungshaft

Da die administrative und vormundschaftliche Versorgung sehr wohl in der Lage sind, ersatzweise oder parallel zur Untersuchungshaft (insbesondere anstelle eines sicherheitspolizeilichen Freiheitsentzuges oder parallel zu einem solchen) Funktionen derselben zu übernehmen<sup>187</sup>, wäre eine genaue Abgrenzung der beiden Versorgungsarten gegenüber der Untersuchungshaft erwünscht, zumal der administrative - und damit wohl auch der vormundschaftliche - Freiheitsentzug nach der Praxis nicht an die Strafe angerechnet wird<sup>188</sup>.

Eine Abgrenzung nach dem Zweck des Freiheitsentzuges ist nicht möglich, da alle drei Institute (unter anderem) den Schutz der Oeffentlichkeit im Auge haben<sup>189</sup>. Auch die Abhängigkeit der strafprozessualen Haft vom Verdacht eines begangenen Delikts ist kein taugliches Abgrenzungskriterium, da ein solcher Tatverdacht zwar nicht eine notwendige Voraussetzung einer administrativen oder vormundschaftlichen

Verwahrung bildet, aber im Einzelfall durchaus Anlass einer solchen Massnahme sein kann. Es bleibt damit die Unterscheidung aufgrund rein formeller Kriterien: Eine strafprozessuale Verwahrung liegt vor, wenn die Strafverfolgungsbehörden gestützt auf die Strafprozessordnung den Freiheitsentzug anordnen, im anderen Fall handelt es sich um einen administrativen oder vormundschaftlichen Freiheitsentzug.

d) Anrechenbarkeit

Da sich die Untersuchungshaft lediglich aufgrund formeller Kriterien von der administrativen und vormundschaftlichen Anstaltseinweisung abgrenzen lässt, führt die Praxis, die beiden letzteren Internierungen nicht an die Strafe anzurechnen, zu unbefriedigenden Ergebnissen. Weckt beispielsweise die Verwahrlosung einer Person die Befürchtung weiterer Deliktsbegehungen, dann hängt die Anrechnung des verfügt Freiheitsentzugs allein davon ab, welche Behörde ihn angeordnet hatte. An dieser Praxis darf daher nicht festgehalten werden.

Wird ein administrativer oder vormundschaftlicher Freiheitsentzug aus Anlass einer Straftat während der Dauer des Strafverfahrens verfügt, dann ist dieser grundsätzlich an die ausgefallte Strafe anzurechnen<sup>190</sup>. Für die Inhaftierung geistig abnormer Personen ergibt sich dies schon in Analogie zu Art. 43 Ziff. 5 Abs. 2 StGB, welcher bestimmt, dass der Massnahmenvollzug auf die Dauer der bei seiner Anordnung aufgeschobenen Strafe anzurechnen sei.

10. Der Begriff der Haft

a) Im üblichen Sprachgebrauch

aa) Verhaftung und Festnahme:

Als Verhaftung bezeichnet man üblicherweise die Ergreifung eines Verdächtigen gestützt auf einen Haftbe-

fehl oder Steckbrief<sup>191</sup>. Unter einer Festnahme versteht man demgegenüber die Behändigung eines Beschuldigten ohne Haftbefehl<sup>192</sup>. Letztere erfolgt normalerweise, wenn Gefahr im Verzug ist, durch die Polizei oder durch Privatpersonen.

Zweck der Verhaftung ist im wesentlichen die Sicherstellung der Person des Beschuldigten für das Strafverfahren<sup>193</sup>. Die vorläufige Festnahme soll dagegen die zuständigen Haftbehörden in die Lage versetzen, einen Entscheid über die Anordnung der Untersuchungshaft zu fällen<sup>194</sup>.

#### bb) Haft:

Während "Verhaftung" und "Festnahme" den Akt der Ergreifung des Beschuldigten bezeichnen, bezieht sich der Terminus "Haft" mehr auf den faktischen oder rechtlichen Zustand, in welchem sich der Verhaftete oder Festgenommene befindet, die Inhafthaltung<sup>195</sup>. Der Sprachgebrauch ist allerdings nicht starr. So bezeichnet der französische Begriff "détention" sowohl Akt als auch Zustand<sup>196</sup>. Auch die Gesetze unterscheiden oft nicht zwischen Verhaftung (Festnahme) und Haft<sup>197</sup>.

Haft bedeutet dem ursprünglichen Wortsinne nach: Zwangsweiser Entzug der körperlichen Bewegungsfreiheit durch Festhalten an einem bestimmten Ort, also Einsperrung<sup>198</sup>. Ein erweiterter Haftbegriff ist den Bestimmungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei ungerechtfertigter Haft in den kantonalen Verfassungen<sup>199</sup> oder Prozessordnungen beizulegen. In diesem Sinne bezeichnet WILLFRATT als Verhaftung bzw. Haft jeden Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit, unbekümmert, ob es sich um eine nur kurzfristige Einschränkung oder einen länger dauernden Freiheitsentzug handelt<sup>200</sup>.

#### b) Nach Art. 110 Ziff. 7 StGB

##### aa) Die Abgrenzungsfunktion des Begriffs:

Da in der gesetzlichen Umschreibung von Art. 110 Ziff.

7 StGB der Terminus "Haft" sowohl im Definiendum als auch im Definiens erscheint<sup>201</sup>, ist aus ihr selbst kein Aufschluss über die Bedeutung des Begriffs zu gewinnen. Was unter "Haft" im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist, muss aus allgemeinen Ueberlegungen hergeleitet werden. In diesem Zusammenhang ist es hilfreich, sich die Funktion des Haftbegriffs zu vergegenwärtigen.

Ein Beschuldigter hat im Verlaufe eines gegen ihn durchgeführten Strafverfahrens die verschiedensten Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit auf sich zu nehmen. Er muss sich unter anderem dem Untersuchungsbeamten zur Verfügung halten, um sich Verhören, Konfrontationen mit Zeugen und Einvernahmen durch Sachverständige zu unterziehen. Ferner hat er Untersuchungen seines körperlichen oder geistigen Zustandes und allenfalls die Entnahme von Blut- oder Gewebeproben, sowie die erkennungsdienstliche Behandlung zu erdulden. Der Beschuldigte kann schliesslich polizeilich vorgeführt oder in Untersuchungshaft genommen werden.

Wird das Verfahren gegen den Betroffenen eingestellt oder erfolgt ein Freispruch, erwächst diesem allenfalls ein Entschädigungsanspruch. Wird er zu einer Strafe verurteilt, soll ihm aus Gründen der Billigkeit die Untersuchungshaft an die Strafe angerechnet werden, sofern keine Versagungsgründe vorliegen. Die übrigen staatlichen Zwangsmassnahmen während der Strafuntersuchung hat der Verurteilte entschädigungslos zu erdulden, sie finden von Gesetzes wegen bei der Strafzumessung keine Berücksichtigung.

Der Begriff der Haft entscheidet somit vornehmlich, ob es sich um eine anrechenbare prozessuale Zwangsmassnahme handelt oder nicht.

bb) Haft = Einsperrung oder Festhalten an einem bestimmten Ort:

Das Bundesgericht hatte sich erst einmal im Rahmen von Art. 69 StGB mit dem Begriff der Haft an sich als solchem

zu befassen, als die Frage zu entscheiden war, ob die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt zum Zwecke der Begutachtung als Untersuchungshaft anzusehen sei. Nach Auffassung des Bundesgerichts bedeutet "Haft" nach allgemeinem Sprachgebrauch Entziehung der Freiheit, und zwar regelmässig durch Verwahrung des Beschuldigten in der Einzelzelle eines Gefängnisses<sup>202</sup>. Obwohl das Bundesgericht mit dieser Bemerkung keine genaue Begriffsbestimmung vornehmen wollte, ist doch anzunehmen, dass es im Moment der Einsperrung das massgebende Kriterium für das Vorliegen einer Haft erblickte<sup>203</sup>.

Der Begriff des Einsperrens evoziert das Bild von der verschlossenen Zellentür. Im Regelfall ist denn auch "Haft" mit Einsperrung, Einschliessung gleichzusetzen. Konstitutiv für den Haftbegriff ist das Verschliessen einer Tür jedoch nicht. Entscheidend ist der Entzug der räumlichen Bewegungsfreiheit durch Festhalten an einem Ort, sofern damit bezweckt wird, den Betreffenden gleichsam "auf Vorrat" zu halten. Die behördliche Anordnung, einen bestimmten Raum oder ein Gebäude nicht zu verlassen, genügt. Natürlich ist der Ort des Festhaltens unerheblich<sup>204</sup>. Nicht erst die Zeit nach Eintritt in das Untersuchungsgefängnis, sondern schon die Haft auf einem Polizeiposten oder der Hauptwache stellt einen anrechnungsfähigen Freiheitsentzug dar.

Die Qualifikation der Haft als Einsperrung bzw. Festhalten an einem Ort hat zur Folge, dass von Untersuchungshaft erst gesprochen werden kann, wenn der Beschuldigte inhaftiert ist. Die Zeit zwischen Verhaftung (Festnahme) und Verwahrung des Tatverdächtigen, üblicherweise ausgefüllt durch den Transport und durch Verhöre, wird damit ausgeklammert.

Unter lit. a) aa) oben wurde festgestellt, dass im Bereiche der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei ungerechtfertigter Haft die Begriffe "Verhaftung" und "Haft" gleichgesetzt werden können, was in jenem Zusammenhang unbedenklich ist, da schon eine ungerechtfertigte Verhaftung nach

einer Entschädigung ruft. Anders liegt der Fall bei der Anrechnung der Untersuchungshaft. Betrachtete man jedweden Entzug der Bewegungsfreiheit als Untersuchungshaft im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 StGB, dann wäre die Abgrenzung zu einer Reihe anderer strafprozessualer Zwangsmassnahmen nicht möglich, indem nämlich jede die Anwesenheit des Beschuldigten erfordernde Untersuchungshandlung bei erzwungener Teilnahme als Untersuchungshaft anzusehen wäre. Die polizeiliche Vorführung wäre dann ebenso Untersuchungshaft wie die körperliche Durchsuchung und die Blutentnahme. In allen diesen Fällen ist der Beschuldigte gehindert, sich nach seinem Belieben frei zu bewegen. Er hat den Anordnungen der Beamten Folge zu leisten, er darf den Ort, wo die Untersuchungshandlung stattfindet, während ihrer Dauer nicht verlassen<sup>205</sup>. Die Haft unterscheidet sich jedoch gerade dadurch von anderen Zwangsmassnahmen, dass der Beschuldigte durch Festhalten an einem Ort zur Verfügung der Strafuntersuchungsbehörden gehalten wird, ohne dass während dieser Zeit eine bestimmte Untersuchungshandlung an ihm erfolgen müsste. Weil sich niemand mit dem Beschuldigten beschäftigt, muss man ihn einsperren oder wenigstens autoritativ auffordern, am betreffenden Orte zu bleiben und zu warten.

Die Praxis macht nun allerdings die Unterscheidung "Verhaftung" bzw. "Festnahme" einerseits und "Haft" andererseits nicht. Im Kanton Zürich wird der Zeitpunkt der Verhaftung, Festnahme oder polizeilichen Zu- oder Vorführung aktenkundig gemacht und erscheint auf den Anklageschriften als Beginn des Polizeiverhafts<sup>206</sup>. Dieser Umstand führt dazu, dass die Gerichte bei der Anrechnung der Untersuchungshaft von diesen Angaben ausgehen. Da aber die Verhaftung oder Festnahme und die nachfolgende Inhaftierung in der Regel am gleichen Tag erfolgen und der angebrochene Tag bei der Anrechnung als ganzer zählt, wirkt sich diese zeitliche Ungenauigkeit im Regelfall nicht aus. Da in Einzelfällen ein Tag zuviel angerechnet werden könnte, ist gleichwohl zu fordern, dass auf den Anklageschriften nicht nur die für eine allfällige Entschä-

digung massgebende Zeit der Behändigung des Beschuldigten, sondern auch der genaue Zeitpunkt der Inhaftierung aufgeführt wird. Was die vom Bezirksanwalt verfügte Haft betrifft, so entsteht dadurch kein administrativer Mehraufwand, da der Zeitpunkt der Untersuchungshaft in der begründeten Haftverfügung aktenkundig gemacht wird. Der Beginn der polizeilichen Verwahrung ist dagegen oft aus den Gerichtsakten nicht ersichtlich; ein entsprechendes Formular wäre zu wünschen.

cc) Die minimale Dauer:

Das Strafgesetzbuch kennt nur die Haftanrechnung nach Tagen. Demgemäss zählt der angebrochene Tag ganz<sup>207</sup>. Die Fixierung einer gewissen zeitlichen Grenze nach unten erscheint unter diesen Umständen als unabdingbar. Ein ganz kurzes Festhalten rechtfertigt die Anrechnung eines ganzen Tages nicht. Bereits im Festhalten liegt ein Moment der Dauer.

Der Verfasser hält dafür, eine Minimalzeit von drei Stunden einzusetzen. Mit Ablauf von drei Stunden ist der Vormittag, Nachmittag oder Abend sozusagen "vorbei". Auch liegt bei diesem Zeitmass eine psychologische Grenze. Wer länger als drei Stunden zurückgehalten wird, fühlt sich auch subjektiv inhaftiert. Für die vorgeschlagene Frist spricht noch ein Weiteres: Sofern keine Haftgründe vorliegen, hat sich eine polizeiliche Befragung oder ein untersuchungsrichterliches Verhör zeitlich in bestimmten Grenzen zu halten. Ein Beschuldigter kann hierfür nicht beliebig lang zurückgehalten werden<sup>208</sup>. Auch unter diesem Aspekt erscheint die Frist von drei Stunden als angemessen.

c) Vorführung und Haft

aa) Begriff, Arten:

Unter "Vorführung" in einem Strafverfahren versteht

man das in polizeilicher Begleitung vollzogene zwangsweise Erscheinen einer Prozesspartei vor einer Behörde zur Vornahme einer Amtshandlung<sup>209</sup>. Der Vorführung kann der Charakter einer Sanktion<sup>210</sup> zukommen, wenn der Betreffende (Zeuge, Sachverständige) einer vorausgegangenen Vorladung nicht Folge geleistet hat und nunmehr unter Androhung physischen Zwangs herbeigeschafft werden muss<sup>211</sup>.

Die Vorführung stellt eine präventive Massnahme<sup>212</sup> dar, sofern sie ohne vorausgehende Vorladung bei drohender Säumnis, bei Gefahr im Verzug oder bei Vorliegen von Haftgründen verfügt werden kann<sup>213</sup>.

Im Kanton Zürich ist nur die Vorführung des säumigen Zeugen geregelt<sup>214</sup>. Die in § 54 Ziff. 2 genannte "Vorführung" des Beschuldigten ist an das Vorliegen von Haftgründen gebunden und daher in den gesetzlich vorgeschriebenen Verhaftsformen vorzunehmen<sup>215</sup>. Man ist sich jedoch einig, dass zumindest der Untersuchungsbehörde auch in den anderen genannten Fällen das Recht zur Vorführung zusteht<sup>216</sup>.

#### bb) Abgrenzung zur Haft:

Die Vorführung dient im allgemeinen einer bestimmten Prozesshandlung, in der Regel der Befragung. Sie unterscheidet sich in ihrer ersten Phase äusserlich nicht von der Verhaftung. Vorführung und Verhaftung ist gemeinsam, dass der Betroffene dadurch in seiner Bewegungsfreiheit beschränkt wird, dass er an einen bestimmten Ort verbracht wird, sei es zu einer Untersuchungshandlung (Vorführung), sei es für ein längeres Verweilen (Verhaftung)<sup>217</sup>.

Massgebend für die Abgrenzung beider Institute ist, ob der Betreffende eine Zeitlang inhaftiert wurde. "Jede beabsichtigte und begonnene Verhaftung, die nicht mit einer wenn auch noch so kurzfristigen Inhaftierung endet, - z.B. weil aus dem vor der Arrestation durchgeführten Verhör der Wegfall einer Verhaftsvoraussetzung resultiert - stellt somit juristisch eine Vorführung und keine Verhaftung dar."<sup>218</sup>

Wird die Prozesshandlung, derentwegen die Vorführung eines Beschuldigten angeordnet wurde, unmittelbar nach Eintreffen desselben vorgenommen, dann stellt diese Vorführung keine Haft im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 StGB dar. Ob der Beschuldigte sich aufgrund der physischen Präsenz der Staatsgewalt in Form der Polizei entschliesst, zum Verhör zu erscheinen, oder bereits auf die diskretere Machtandrohung in der Vorladung hin, macht keinen Unterschied.

Anders liegt der Fall, wenn erhebliche Verzögerungen in der Vornahme der entsprechenden Prozesshandlung eintreten und der Beschuldigte in der Zwischenzeit zurückgehalten wird. Einige Prozessgesetze sehen nämlich vor, dass der Beschuldigte, sofern eine sofortige Abhörung nicht möglich ist, bis 24 Stunden festgehalten werden kann<sup>219</sup>. Ob solche Bestimmungen mit der Bundesverfassung im Einklang stehen, ist fraglich. Ein bloss kurzfristiges Zurückhalten dürfte allerdings vor dem Recht der persönlichen Freiheit standhalten<sup>220</sup>. Die Praxis zeigt, dass solche Verzögerungen in Einzelfällen nicht zu vermeiden sind. So ist denkbar, dass der zuständige Untersuchungsbeamte infolge einer anderweitigen dringenden Amtspflicht zum fraglichen Zeitpunkt nicht zur Stelle ist oder erst gleichzeitig vorgeführte Mitbeschuldigte abzuhören hat. Ob der Raum, in welchem der Vorgeführte wartete, vergitterte Fenster aufwies oder nicht, ob dessen Ausstattung mehr einer Zelle als einem Büro ähnelte, ob die Tür verschlossen oder nur geschlossen war, darauf kann es für die Anrechnungsfrage nicht ankommen. Massgebend ist allein, ob der Beschuldigte mehr als drei Stunden zurückgehalten wurde. In einem solchen Fall liegt eine anrechnungsfähige Haft im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 StGB vor.

#### d) Anhaltung und Haft

Aus dem allgemeinen Polizeiauftrag, der Pflicht zur Verhinderung und Aufklärung von Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen sowie der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, leitet sich das Recht der Polizei ab,

verdächtige Personen anzuhalten und, sofern sich diese nicht oder nicht genügend ausweisen können oder einer näheren Ueberprüfung bedürfen, auf den Posten zu überführen<sup>221</sup>.

Die Anhaltung dient im Gegensatz zur vorläufigen Festnahme nur der einmaligen Befragung, der Identitätsüberprüfung, allenfalls der Durchführung von erkennungsdienstlichen Massnahmen oder Effektenkontrolle. Hernach ist der Angehaltene zu entlassen, sofern nicht aufgrund der Ueberprüfung das Vorliegen eines Haftgrundes festgestellt wird. Die Festnahme dagegen bezweckt die Vorführung des Betroffenen vor den Untersuchungsrichter zum Entscheid über die Anordnung der Untersuchungshaft<sup>222</sup>. Im Unterschied zur vorläufigen Festnahme braucht bei der Anhaltung kein dringender Tatverdacht und keine Flagranz vorzuliegen<sup>223</sup>.

Anhaltung und Festnahme unterscheiden sich - wie Vorführung und Verhaftung - in ihrer ersten Phase nicht. Erhärtet sich der gegen eine Person gehegte Verdacht nicht, wird man rückblickend geneigt sein, von Anhaltung zu sprechen, im anderen Fall von Festnahme<sup>224</sup>.

Der Anhaltung ist eine Inhaftierung wesensfremd. Der mit ihr verbundene kurzfristige Freiheitsentzug ist somit an die Strafe nicht anzurechnen. Erfolgt im Rahmen dieser polizeilichen Massnahme gleichwohl eine Inhaftierung, dann verhilft keine "kunstvolle Distinktion" darüber hinweg, dass es sich in concreto um eine anrechenbare Polizeihaft gehandelt haben muss.

11. Zusammenfassung: Definition der Untersuchungshaft nach Art. 110 Ziff. 7 StGB

Als Quintessenz der unter § 4 gemachten Ausführungen ergibt sich nachfolgende Definition des Begriffs "Untersuchungshaft" im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 bzw. Art. 69 StGB:

Definition: Als Untersuchungshaft im Sinne von Art. 110 Ziff. 7 und somit Art. 69 StGB gilt jeder

aus Anlass eines Strafverfahrens bis zum Eintritt  
der Vollstreckbarkeit des Urteils verfügte Entzug  
der räumlichen Bewegungsfreiheit des Beschuldig-  
ten durch Festhalten an einem Ort, sofern dieser  
Entzug die Dauer von drei Stunden übersteigt.

## 2. Abschnitt

### Die Realität der Untersuchungshaft

#### § 1 Statistische Hinweise

In der Schweiz bestehen keine genauen Statistiken über die Untersuchungshaft. Vereinzelt finden sich Angaben bezüglich Häufigkeit und Dauer in den Rechenschaftsberichten der Regierungen an das Parlament oder des Obergerichts an die Regierung. Solche Angaben haben jedoch keinen hohen Aussagewert, da sie - nicht nach einem einheitlichen Schema erhoben - schwer zu vergleichen sind. So ist etwa die für den Kanton Bern betreffend das zweite Halbjahr 1955 festgestellte Haftfrequenz von 18,2% nicht mit dem für den Kanton Zürich im gleichen Zeitraum massgebenden Wert von 29% vergleichbar, da in den Erhebungen des Kantons Zürich die Verfahrenserledigungen durch Strafbefehl nicht eingeschlossen sind, während die Berner Statistik auch Uebertretungen umfasst. In Zürich sind die Einstellungen im Vorverfahren nicht ausgewiesen, die im Kanton Bern 11% Verhaftsfälle enthalten<sup>1</sup>.

Genauere statistische Angaben für das Jahr 1969 bezüglich der Kantone Freiburg, Waadt, Genf, Neuenburg und Wallis finden sich bei ROBERT<sup>2</sup>. Im Rahmen eines Forschungsprojekts der Basler juristischen Fakultät sind bis heute Untersuchungen über die Praxis der Untersuchungshaft in den Kantonen Aargau<sup>3</sup>, Schwyz<sup>4</sup>, Luzern<sup>5</sup>, Tessin<sup>6</sup> und Graubünden<sup>7</sup> erschienen. Eine umfassende Auswertung dieses Zahlenmaterials steht noch aus. Bereits offenkundig und bemerkenswert ist immerhin, dass sich die haftbegrenzende Funktion genau umschriebener Haftgründe statistisch belegen lässt. So weist der Kanton Tessin, welcher, Uebertretungen ausgenommen, keine besonderen Haftgründe kennt<sup>8</sup>, eine Haftfrequenz von 32,5% aus<sup>9</sup>, gegenüber 21,32% im Kanton Luzern<sup>10</sup>. Erfahrungen im Ausland bestätigen diese Feststellung<sup>11</sup>.

Interessant für die Frage der Anrechnung der Untersuchungs-

haft wären Vergleichsangaben über einen bestimmten Zeitraum betreffend die durchschnittliche Dauer der Untersuchungshaft. Sie sind jedoch äusserst spärlich. Nach SCHUERER stieg die durchschnittliche Haftdauer im Kanton Graubünden von 24 Tagen im Jahre 1959 auf 26 Tage im Jahre 1974<sup>12</sup>. Ob diese Angaben für die ganze Schweiz repräsentativ sind, muss dahingestellt bleiben. Die an sich naheliegende Hypothese, dass die Zunahme der durchschnittlichen Haftdauer die (noch zu besprechende) Liberalisierung der Anrechnungspraxis wesentlich mitbestimmt hat, kann somit empirisch noch nicht hinreichend belegt werden.

## § 2     Negative Auswirkungen der Untersuchungshaft

In der Öffentlichkeit ist zur Zeit eine Diskussion über die Haftbedingungen in den schweizerischen Untersuchungsgefängnissen entbrannt. Von Kritikern wird auf bestehende Untersuchungen über die (insbesondere psychischen) Auswirkungen der Einzelhaft verwiesen und ein Abbau der "Isolationshaft" gefordert. Demgegenüber nehmen die mit der Strafverfolgung sich befassenden Behörden einen eher defensiven Standpunkt ein. Mögliche schädliche Auswirkungen der Untersuchungshaft werden von dieser Seite nicht geleugnet, doch wird auf den Umstand verwiesen, dass aus Einzelfällen keine Rückschlüsse auf die Mehrzahl der Fälle gezogen werden dürften<sup>13</sup>.

Eine kurzgefasste Aufzählung möglicher negativer Auswirkungen der Untersuchungshaft drängt sich im Rahmen dieser Arbeit insoweit auf, als die Frage zur Beantwortung steht, ob daraus Konsequenzen für die Anrechnung der Untersuchungshaft zu ziehen seien. Für nähere Angaben sei auf die Arbeiten von SCHUBARTH<sup>14</sup> und BINSWANGER/BRANDENBERGER<sup>15</sup> verwiesen.

### I.     Auswirkungen auf den Betroffenen

#### 1.     Psychische Auswirkungen

Es steht ausser Zweifel, dass der Beschuldigte in der

Untersuchungshaft leidet. Die Isolation, die ungewohnten Lebensbedingungen, das Herausgerissensein aus dem Leben der Gesellschaft, die Ungewissheit über die Dauer der Haft und den Ausgang des Verfahrens, die Sorge um das Schicksal der Angehörigen, das Beschäftigungsproblem, die Unmöglichkeit personaler Sexualbetätigung und das auf Misstrauen und Argwohn begründete emotionale Klima im Gefängnis führen zu einer schweren seelischen Belastung<sup>16</sup>.

In den meisten Kantonen wird die Untersuchungshaft als Einzelhaft vollzogen<sup>17</sup>. Dies bedeutet, wenigstens in grösseren Gefängnissen, dass der Häftling in der Regel mehr als 23 Stunden im Tag allein in seiner Zelle sitzt. Unterbrochen wird seine Isolation nur durch folgende Ereignisse: Spaziergang (ca.  $\frac{1}{2}$  Stunde pro Tag), Reichen der Mahlzeiten durch die Klappe, Leeren des Kotkübels, wo noch keine Wassertoilette vorhanden ist, Lieferung von Zellenarbeit, Verhöre, allenfalls Besuche von Angehörigen und Anwälten<sup>18</sup>. Die Bedingungen der Einzelhaft entsprechen einer sogenannten sensorischen Deprivation (sensory deprivation), einem teilweisen Entzug und vor allem einer weitgehenden Monotonisierung der Zufuhr an Sinnesreizen (sogenannte perceptual deprivation)<sup>19</sup>. In experimentellen Situationen bewirkte der Entzug von Sinnesreizen bzw. die Einschränkung der Variabilität derselben nach kurzer Zeit regelmässig folgende Symptome:

- Eine allgemeine Labilität des Gefühlslebens mit Neigung zu extremen Stimmungsschwankungen (Erregtheit, Aggressivität, Heiterkeit oder Niedergeschlagenheit)
- schwere Angstzustände
- eine Beeinträchtigung der Denkprozesse vom logischen Denken weg zu mehr magischem, gefühlsbetontem Denken, mit Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Lösung von komplexen, intellektuellen Aufgaben
- Störungen der Aufmerksamkeit
- Beherrschtwerden des Denkens durch Phantasien, vorwiegend triebhafter Art
- Wahrnehmungsstörungen, beispielsweise Grösser- oder Kleinersehen der Umgebung oder des eigenen Körpers und ähnliches

- Auftreten von vorwiegend optischen Sinnestäuschungen (Halluzinationen) im Wachzustand, ähnlich wie nach Einnahme von halluzinogenen Drogen
- Verstärkung der psychischen Beeinflussbarkeit (Suggestibilität).<sup>20</sup>

Diese psychischen Störungen entsprechen in etwa dem Bild einer Hirnleistungsschwäche, vergleichbar einer solchen, wie sie nach schweren Schädelunfällen aufzutreten pflegt<sup>21</sup>. Beobachtungen an Menschen in realen Situationen längerfristigen Reizentzugs, an schiffbrüchigen Matrosen, Polarforschern und Menschen auf langen Einmannbootsreisen, scheinen die genannten experimentellen Befunde zu bestätigen<sup>22</sup>.

Dagegen gibt es bis heute nur wenige konkrete Untersuchungen an Häftlingen selbst<sup>23</sup>. Die Hypothese, dass eine längerdauernde Untersuchungshaft im Regelfall zu schwerwiegenden Persönlichkeitsveränderungen führt, wird somit primär durch mittelbare Erkenntnisse und weniger durch direkte medizinisch-psychologische Forschungen an Häftlingen gestützt. Solche Forschungen wären aus rechtsstaatlichen Gründen dringend erwünscht und könnten zur Versachlichung der Diskussion um die Haftbedingungen beitragen.

## 2. Gefahren für die Wahrheitsfindung

Im juristischen Schrifttum wird vor allem auf den Zermürbungseffekt der Untersuchungshaft hingewiesen: Haft macht geständnisreif<sup>24</sup>. Inwieweit dieses Wissen von Strafuntersuchungsbeamten missbräuchlich eingesetzt wird, lässt sich objektiv kaum feststellen, da der Ermessensspielraum, den die Haftvoraussetzungen gewähren, auch in solchen Fällen die juristische Verbrämung einer Haftanordnung oder -verlängerung im Einzelfall erlauben. Einen vereinzelt, freilich unbeabsichtigten, offiziellen Hinweis, dass die Untersuchungshaft als Geständnis-mittel eingesetzt werden kann, gibt die Formulierung im Bericht über die Staatsverwaltung des Kantons Bern für

das Jahr 1955, die Haftpraxis werde auch vom Drang des Untersuchungsrichters bestimmt, rasch zu einem Ziele zu kommen<sup>25</sup>. Im vertraulichen Gespräch - off the record - sind einzelne Untersuchungsrichter durchaus bereit zuzugeben, dass die Untersuchungshaft gelegentlich in gesetzwidriger Weise als Druckmittel Verwendung findet. Immer sind es jedoch die anderen - z.B. der Kollege im Büro nebenan -, die solches tun.

Nicht immer, so wird betont, entspricht ein in der Untersuchungshaft abgelegtes Geständnis der Wahrheit. Im Bestreben, nur ja die Freiheit wieder zu erlangen, wird gelegentlich auch ein falsches Geständnis abgelegt<sup>26</sup>. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn beim Beschuldigten der Eindruck aufkommt, alles, was er zu seiner Verteidigung vorbringe, werde doch nicht geglaubt, ein falsches Geständnis ver helfe wenigstens zur Haftentlassung und zu einer mildernden Strafe<sup>27</sup>. Die Untersuchungshaft kann zudem den Betroffenen auch zu einem Rechtsmittelverzicht bewegen - weil er um jeden Preis der drückenden Einzelhaft entfliehen will - und dadurch mittelbar die richtige Urteilsfindung beeinträchtigen<sup>27</sup>.

## II. Auswirkungen auf Dritte

### 1. Zeugen und Sachverständige

Eine Gefährdung der Wahrheitsfindung kann auch in der Suggestivwirkung der Haft auf andere Prozessparteien wie Zeugen und Sachverständige liegen. Die Beeinflussung besteht nach GRASSBERGER darin, dass "in jeder Anhaltung die Aeusserung eines potenzierten Verdachts liegt. Das vielsagende 'Ohne Grund werden sie ihn nicht geholt haben' ist nur zu oft geeignet, einen bisher leise gehegten Verdacht zur überzeugenden Anschuldigung zu verdichten".<sup>28</sup> Den umgekehrten Effekt kann die Aufhebung der Untersuchungshaft oder die Freilassung gegen Sicherheit haben: "Zeugen folgen absichtslos, aber elastisch dieser vermeintlichen richterlichen positiven oder

negativen Bewertung. Belastende Aussagen werden nicht selten abgeschwächt, sobald der Haftbefehl aufgehoben ist."<sup>29</sup>

## 2. Das erkennende Gericht

Erreicht oder überschreitet die Dauer der Untersuchungshaft die objektiv verwirkte Strafe, dann wird eine vorurteilslose Strafzumessung durch das Gericht erschwert<sup>30</sup>. In diesem Fall besteht - wie die Praxis immer wieder zeigt - das Bedürfnis, die bereits ausgestandene Haft wenigstens nachträglich mittels der zu verhängenden Strafe zu legalisieren. Man erspart sich so die Auseinandersetzung mit der Frage der Entschädigung für zu Unrecht ausgestandene Untersuchungshaft und deckt gleichzeitig die für die Anordnung der Haft verantwortliche Behörde<sup>31</sup>.

Nach zwei amerikanischen und einer kanadischen Untersuchung beeinflusst die Untersuchungshaft nicht nur die Strafzumessung, sondern auch den Schuldspruch. Das Risiko, überhaupt verurteilt zu werden, ist danach für einen inhaftierten Beschuldigten deutlich höher als für einen in Freiheit belassenen<sup>32</sup>. Offenbar bekräftigt die Untersuchungshaft den Tatverdacht nicht nur für Zeugen und die Öffentlichkeit, sondern auch für den Richter. Die nämlichen Untersuchungen belegen im weiteren, dass durch die Untersuchungshaft zusätzlich der Entscheid über die Gewährung des bedingten Strafvollzugs zuungunsten des Inhaftierten ausfallen kann. Zum gleichen Resultat gelangt ROBERT mit Bezug auf die Haftpraxis in der westlichen Schweiz<sup>33</sup>. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass die Aussicht auf eine bloss bedingte Verurteilung die Anordnung der Untersuchungshaft (mangels Fluchtgefahr) in vielen Fällen überflüssig macht<sup>34</sup>.

## III. Konsequenzen für die Anrechnung der Untersuchungshaft ?

Der Richter, der einen Angeklagten zu einer Freiheits-

strafe oder zu einer Massnahme verurteilt, muss die Vollzugsrealität kennen, denn "diese ist es, die der Mensch, dem er Gerechtigkeit widerfahren zu lassen hat, erfährt, nicht eine abstrakte mit dem Zeitmass allein schon gerecht bestimmte Taxe."<sup>35</sup> Inwieweit die Kenntnis einer Realität die richterliche Rechtsfindung beeinflussen soll, ist eine juristische Grundsatzfrage, die nicht einheitlich beantwortet ist<sup>36</sup>. Dass sie es des Öfteren tut, steht ausser Zweifel. So bedarf es keines ausführlichen Nachweises, dass das geschärfte Bewusstsein für die "Not des Untersuchungshäftlings" die zunehmende Liberalisierung der Anrechnungspraxis mehr bestimmt hat als die zu ihrer Stützung verwendeten juristischen Argumente. Der ursprünglich strengen Anrechnungspraxis entsprach eine eher romantische Vorstellung von der Realität der Untersuchungshaft:

"Ueblicherweise ist die Untersuchungshaft verhältnismässig milde. Auf Grund einer, allerdings ziemlich fiktiven, Präsumption wird der Angeschuldigte als unschuldig betrachtet, solange noch kein Urteil ergangen ist. Er ist zwar verhaftet, braucht aber nicht zu arbeiten und geniesst einen gewissen materiellen Komfort. (...) ein Verurteilter, der nicht während der kalten Jahreszeit ins Zuchthaus zu gehen wünscht, kann versuchen, die Untersuchungshaft durch einen wenn auch noch so hoffnungslosen Rekurs zu verlängern."<sup>37</sup>

So kann man heute nicht mehr schreiben. Nach dem heutigen Verständnis stellt die Untersuchungshaft einen sehr schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Betroffenen dar, weshalb man geneigt ist, die Gründe, welche zur Versagung der Anrechnung führen können, möglichst zu beschränken. Unter rechtlichen Gesichtspunkten ist jedoch die Herleitung eines umfassenden Anrechnungsanspruchs aus der heutigen Vollzugsrealität fragwürdig. Die Anrechnung der Untersuchungshaft ist kein Ersatz für die Durchsetzung notwendiger Reformpostulate. Wenn beklagt wird, dass die Untersuchungshaft zu häufig angeordnet werde, ihre Dauer oftmals das vertretbare Mass übersteige und ihr Vollzug den Betroffenen unnötig leiden machen, dann ist durch entsprechende Massnahmen baulicher, personeller und verfahrensrechtlicher Art Abhilfe zu schaffen, nicht durch eine

schrackenlose Anrechnung; denn je mehr sich der Strafvollzug dem Besserungsgedanken annähert, desto problematischer wird die Anrechnung der Untersuchungshaft<sup>38</sup>. Kurzfristig mag die Forderung nach einer möglichst umfassenden Anrechnung der Haft noch angehen, ein fortschrittliches Postulat ist sie auf längere Sicht jedoch keinesfalls.

## 2. Kapitel

# Die Anrechnung der Untersuchungs- haft

## 1. Abschnitt

### Der Grundsatz der Anrechnung

#### § 1 Sinn und Zweck des Art. 69 StGB

#### I. Methodische Vorbemerkung

Ziel der Auslegung eines Gesetzes oder einer Gesetzesbestimmung ist die Ermittlung des objektiven Sinnes<sup>1</sup>. Der Auslegungsvorgang selbst kann als Aufstellen und Verwerfen von Hypothesen über den mutmasslichen Sinn einer Norm begriffen werden, wobei die sogenannten Auslegungsmethoden, oder besser: Auslegungskriterien, (Wortsinn, Kontext, historischer oder aktueller Zweck etc.) als Argumente zur Stützung der in der Folge als richtig erkannten Lösung dienen<sup>2</sup>. Die Art der Argumentation besteht ihrer logischen Struktur nach zumeist aus reduktiven Schlussfolgerungen<sup>3</sup>.

Ist die Auslegung einer Gesetzesbestimmung kontrovers, dann bedürfte es, um zu einer Uebereinstimmung zu gelangen, eines Konsenses darüber, welche Argumente zugelassen sind und welche Rangfolge im Konfliktfall zwischen ihnen besteht. Bekanntlich existiert weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur diesbezüglich Einigkeit<sup>4</sup>. Die wenig methodenbewusste Praxis bedient sich daher bald der einen, bald der anderen "Auslegungsmethode", je nachdem, welche ihr zur Begründung des ihrer Meinung nach vertretbarsten Resultats zu dienen vermag<sup>5</sup>.

Bezüglich der Ratio von Art. 69 StGB bestehen in Rechtsprechung und Schrifttum verschiedene Auffassungen. SCHUBARTH postuliert aufgrund verfassungsrechtlicher Ueberlegungen eine fast ausnahmslose Anrechnung der Untersuchungshaft, DUBS und andere treten dafür ein, dass eine solche nur

bei einer absichtlichen Herbeiführung der Haft zu unterbleiben habe; das Bundesgericht stellt auf das Verschulden des Verurteilten ab. Für jede der genannten Ansichten lassen sich Argumente und Gegenargumente anführen, widerlegbar sind die einzelnen Rechtspositionen aus den erwähnten Gründen nicht. Wenn im folgenden unter III. einzelne Interpretationen von Art. 69 StGB kritisiert und der "richtigen" Lösung gegenübergestellt werden, dann geschieht dies demzufolge ohne Ausschiesslichkeitsanspruch.

## II. Zur Geschichte des Art. 69 StGB

### 1. Die kantonalen Gesetzbücher

Vor Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches regelten die kantonalen Strafgesetzbücher die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe<sup>6</sup>. Voraussetzung für die Anrechnung war im allgemeinen, dass der Beschuldigte nicht durch sein eigenes Verhalten die Haft oder ihre Dauer verschuldet hatte. Eine Reihe von Kantonen kannte das Prinzip der obligatorischen Anrechnung<sup>7</sup>, wobei das Mass der Anrechnung zumeist dem Belieben des Richters anheimgestellt war. So bestimmte etwa Art. 69 des luzernischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 11. Mai 1926:

"Bei unverschuldeter oder über Verhältnis erduldeteter Untersuchungshaft findet ein angemessener Strafabzug statt."

Eine zweite Gruppe bildeten diejenigen Kantone, welche dem Richter nicht nur die Bestimmung des Masses der Anrechnung überliessen, sondern die Frage der Anrechnung überhaupt (fakultative Anrechnung). Ein Beispiel hierfür bildet Art. 53 des solothurnischen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1895:

"Die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft kann vom Richter nach Umständen von der Freiheitsstrafe abgezogen, oder wenn eine Freiheitsstrafe nicht erkannt wird, auf andere Weise in Anrechnung gebracht werden."

## 2. Die Entwürfe zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Der Vorentwurf von STOOS (1893) sah die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe im letzten Artikel des Abschnitts betreffend das Strafmass vor. Art. 42 VE lautete:

"Die Untersuchungshaft kann dem Verurteilten ganz oder teilweise auf die Strafzeit angerechnet werden. Der Aufenthalt des Sträflings in einer Heil- oder Pflegeanstalt gilt als Strafvollzug."

Zu dieser Bestimmung gab Stoss in seinen Motiven zum Vorentwurf folgende Erläuterung:

"Die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafzeit ist ein Gebot der Gerechtigkeit, wenn die Untersuchungshaft durch Umstände verlängert worden ist, an denen der Verurteilte keine Schuld trägt, so z.B. wenn das Schwurgericht während langer Zeit keine Sitzung abhält oder wenn die Untersuchung gegen Mitschuldige lange Zeit in Anspruch nahm. Doch ist es nicht wohl möglich, die einzelnen Fälle im Gesetz fest abzuschliessen."<sup>8</sup>

Anlässlich der Beratungen der II. Expertenkommission stellte WETTSTEIN den Antrag auf Einführung der obligatorischen Anrechnung<sup>9</sup>, unterlag damit jedoch in der Abstimmung<sup>10</sup>. Eine Grundsatzdiskussion über die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe fand im Schosse der Expertenkommission jedoch nie statt. Zu reden gab vor allem die Definition der Untersuchungshaft und ihrer Abgrenzung zur Sicherheitshaft gemäss dem zu schaffenden Art. 375 StGB<sup>11</sup>. Ganz beiläufig bemerkte GAUTIER, er befürworte das System der fakultativen Anrechnung, da die Untersuchungshaft zumeist nichts von einer Strafe habe<sup>12</sup>. Aus solchen Äusserungen lässt sich jedoch nichts Schlüssiges für die Auslegung des Art. 69 StGB ableiten<sup>13</sup>.

## 3. Das Schweizerische Strafgesetzbuch

Wenn heute das Strafgesetzbuch das Prinzip der obligatorischen Anrechnung kennt, so geht diese Aenderung auf

einen Antrag der nationalrätlichen Kommission zurück.  
Der Berichterstatter SEILER bemerkte im Rat hierzu:

"Die bundesrätliche Fassung des Art. 66 (jetzt 69) steht auf dem Boden der fakultativen Anrechnung. Die Kommission schreibt die Anrechnung für den Fall und insoweit zwingend vor, als der Täter die Untersuchungshaft nicht verschuldet oder nicht schuldhaft verlängert hat. Eine grosse Bedeutung kommt dieser Aenderung nicht zu. Nach beiden Formulierungen wird eben der Richter auf die besonderen Verumstände abstellen."<sup>14</sup>

Der Schritt von der fakultativen zur obligatorischen Anrechnung war entgegen der Auffassung Seilers so bedeutungslos nicht. Eine Kann-Vorschrift hätte Art. 69 StGB zu einer Blankettnorm gemacht. Das Prinzip der obligatorischen Anrechnung fordert demgegenüber, dass die Versagungsgründe einheitlich formuliert und angewendet werden.

### III. Die verschiedenen Interpretationen von Art. 69 StGB

#### 1. Die verfassungsmässige Interpretation nach Schubarth

##### a) Die Rechtfertigung der Untersuchungshaft aus der nachfolgenden Strafhaft

Nach Auffassung SCHUBARTHS ergibt sich aus dem verfassungsmässigen Recht der persönlichen Freiheit, dass die Untersuchungshaft grundsätzlich in jedem Fall anzurechnen sei<sup>15</sup>. Andernfalls käme nach seiner Meinung Untersuchungshaft einem rechtswidrigen Eingriff in die Freiheit des Beschuldigten gleich und dürfte gar nicht mehr angeordnet werden<sup>16</sup>.

Ausgangspunkt von Schubarths Argumentation ist die Ueberlegung, dass sich die Verhängung der Untersuchungshaft nur rechtfertigen lässt, wenn dem individuellen Freiheitsinteresse ein gewichtigeres staatliches Strafverfolgungsinteresse gegenübersteht<sup>17</sup>. Nach Schubarth liegt ein Rechtfertigungselement der Untersuchungshaft unter anderem im dringenden Tatverdacht. Sei in einem konkreten

Einzelfall aufgrund der vorhandenen Beweise mit grosser Wahrscheinlichkeit mit einer Verurteilung zu rechnen, so erhöhe sich das Verfolgungsinteresse gegen jene Person, verglichen mit dem allgemeinen Interesse an der Aufdeckung der Straftat, in jedem Falle, in welchem diese Person mit lediglich geringer Wahrscheinlichkeit als Täter zu betrachten wäre. Gleichzeitig reduziere sich das Freiheitsinteresse des Betroffenen, da er ohnehin aufgrund des zu erwartenden Strafurteils für gewisse Zeit seine Freiheit verlieren werde<sup>17</sup>. Aus diesem Grunde werde in den Prozessordnungen die Dauer der zu erwartenden Freiheitstrafe in der Regel als Massstab für die zulässige Haftdauer statuiert. Der Relation zwischen Untersuchungshaft und zu erwartenden Freiheitsstrafe müsse demzufolge durch eine zwingende Berücksichtigung der Untersuchungshaft bei der Strafbemessung Rechnung getragen werden<sup>18</sup>. Zwei Ausnahmen lässt der Verfasser immerhin zu: Die Einreichung eines offensichtlich aussichtslosen Rechtsmittels und die trölerische Weigerung, die Strafe vorzeitig anzutreten, sollen zur Versagung der Anrechnung führen<sup>19</sup>.

Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 69 StGB stellt Schubarth im weiteren fest, seine Auffassung stehe nicht im Widerspruch zu dieser Bestimmung. Bei den Beratungen und der Verabschiedung der fraglichen Norm sei man sich des Grundrechtsgehaltes der persönlichen Freiheit und der Rechtfertigungsproblematik der Untersuchungshaft noch nicht bewusst gewesen. Vielmehr habe die Garantie der persönlichen Freiheit nur im Rahmen des Gesetzes gegolten<sup>20</sup>.

#### b) Kritik

Die Argumentationsweise Schubarths ruft unter verschiedenen Gesichtspunkten der Kritik. Richtig ist, dass sich die Anordnung der Untersuchungshaft nur rechtfertigen lässt, wenn dem individuellen Freiheitsinteresse ein gewichtigeres staatliches Strafverfolgungsinteresse gegenübersteht. Aus diesem Umstand abzuleiten, die Untersuchungshaft sei grundsätzlich in jedem Fall anzurechnen, geht jedoch nicht an. Die rechtsstaatliche Begründung der Untersu-

chungshaft leitet sich nicht aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne<sup>21</sup> ab, sondern - wie die Strafe - aus der gesellschaftlichen Notwendigkeit. Das öffentliche Interesse an der Abklärung und Ahndung von Straftaten verlangt unter bestimmten Voraussetzungen, dass ein Tatverdächtiger in Haft gesetzt wird. Der bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig Geltende hat diesen schweren Eingriff in das Recht der persönlichen Freiheit zu dulden, er hat eine Aufopferungspflicht gegenüber der Gemeinschaft<sup>22</sup>. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, welcher die Inhaftnahme bei geringfügigen Verstössen ausschliesst<sup>23</sup> und die Dauer der Untersuchungshaft beschränkt<sup>24</sup>, hat keine Rechtfertigungs-, sondern lediglich eine Begrenzungsfunktion. So verstanden führt die Rechtfertigung der Untersuchungshaft nicht zu einer obligatorischen Haftanrechnung in jedem Fall.

Des weiteren zeigt das Beispiel der bedingten Freiheitsstrafe, dass "die ohnehin zu verbüssende Freiheitsstrafe" keinen zuverlässigen Massstab für die Gewichtung des staatlichen Verfolgungsinteresses gegenüber dem individuellen Freiheitsinteresse darstellt. Die Auffassung Schubarths hätte - nimmt man sie beim "Wort" - zur Folge, dass bei der grossen Anzahl von Fällen mit zu erwartendem bedingtem Strafvollzug keine Untersuchungshaft verhängt werden dürfte. Der Autor ist sich dieser Konsequenz bewusst, kommt jedoch zum Schluss, eine kurzfristige Untersuchungshaft liesse sich auch hier bei einer Tat von gewisser Schwere rechtfertigen<sup>25</sup>. Die Begründung, welche der Verfasser hiezu anführt, entzieht nun allerdings seiner eigenen Argumentation den Boden. Ob (sic!) und in welchem Masse der Gesetzgeber dem zur Diskussion stehenden Rechtfertigungskonzept Rechnung tragen wolle, sei eine Wertungsfrage, für die ihm ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt werden müsse<sup>26</sup>. Wenn sich aber die Rechtfertigung der Untersuchungshaft nicht völlig aus der ohnehin zu erwartenden Strafverbüssung ableiten lässt und dem Gesetzgeber bezüglich der Anrechnung der Untersuchungshaft ein Ermessen zusteht, dann kann nur noch das

Mass dieser Nichtanrechnung zur Diskussion stehen, nicht die Verweigerung der Anrechnung als solche. Damit steht man wieder am Ausgangspunkt: In welchen Fällen die Anrechnung zu verweigern ist, ist durch Auslegung des Art. 69 StGB festzustellen. Gewonnen wurde durch die lange Reise nichts.

Gegen Schubarths Konzeption der Rechtfertigung der Untersuchungshaft aus der nachfolgenden Strafverbüssung wurde vom Bundesgericht die Unschuldsvermutung der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 Abs. 2 MRK) ins Feld geführt. Der Einwand erscheint nur berechtigt, wenn der Untersuchungshaft als solcher Strafcharakter beigemessen wird. Dies kann man Schubarth jedoch nicht nachsagen. Die Unschuldsvermutung von Art. 6 Abs. 2 MRK besagt im wesentlichen, dass eine Bestrafung nur bei erwiesener Schuld des Täters erfolgen dürfe und das Strafverfahren in seinen verschiedenen Stufen der Würde des noch nicht für schuldig Erklärten Rechnung zu tragen habe<sup>27</sup>. Darüber hinausgehende Funktionen besitzt diese gesetzliche Vermutung nicht. Genauso wenig, wie die Unschuldspräsumption der Annahme eines dringenden Tatverdachts entgegensteht, schliesst sie die Prognose aus, der Beschuldigte werde eine bestimmte Strafe verwirken.

2. Die Verhinderung absichtlich herbeigeführter oder verlängerter Untersuchungshaft als Zweck der Nichtanrechnung (Dubs u.a.)

a) Die nunmehr herrschende Lehrmeinung

Gegen die - heute aufgegebene - Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche auf den Wortlaut des Art. 69 StGB abstellte und für den Ausschluss der Anrechnung eine ursächliche Herbeiführung oder Verlängerung der Haft durch das Verhalten des Beschuldigten genügen liess<sup>28</sup>, erhob sich in der Doktrin zusehends Kritik. Bildeten vorerst einzelne Versagungsgründe Anlass zu kritischen Äusserungen<sup>29</sup>, herrscht nunmehr seit den Publikationen von DUBS<sup>30</sup>

und HEIM<sup>31</sup> weitgehend unangefochten die Meinung vor, nur die absichtliche Herbeiführung oder Verlängerung der Untersuchungshaft rechtfertige deren Nichtanrechnung<sup>32</sup>. Nach den genannten Autoren besteht der Sinn und Zweck des Art. 69 StGB darin, zu verhindern, dass der Beschuldigte "absichtlich zur Haft Anlass gebe, um dem als grösseres Uebel empfundenen Strafvollzug zu entgehen."<sup>33</sup> Die Formulierung selbst entstammt einem obiter dictum des Bundesgerichts<sup>34</sup>.

Diese im Schrifttum mehrheitlich vertretene Auslegung von Art. 69 StGB entspricht genau der Bestimmung von § 63 Abs. 1 über die Anrechnung der Untersuchungshaft des Alternativentwurfs zum deutschen Strafgesetzbuch. Sie kommt im übrigen der allgemein bestehenden Tendenz entgegen, welche auf eine umfassende Anrechnung zielt<sup>35</sup>. Insoweit ist es wohl erlaubt zu unterstellen, dass bei der fraglichen Interpretation auch rechtspolitische Überlegungen mitschwingen.

In seinem Entscheid BGE 102 IV 153 setzte sich das Bundesgericht mit den Auffassungen des Schrifttums auseinander und trug der beharrlichen Kritik insoweit Rechnung, als nunmehr ein schuldhaftes Verhalten als Ausschlussgrund verlangt wurde. Im übrigen lehnte es die von der Doktrin postulierte Interpretation von Art. 69 StGB unter Hinweis auf den Wortlaut der Bestimmung ab. Der Entscheid dürfte die künftige Praxis auf Jahre hinaus bestimmen.

## b) Kritik

Ein erster Einwand gegen die vom Schrifttum überwiegend vertretene Auslegung ergibt sich aus der fehlenden Zwangsläufigkeit der Argumentation. Ihr Kernstück liegt nämlich in der Behauptung, dass die vorgeschlagene Interpretation richtig sei, weil sich eine andere Interpretation nicht vertreten lasse. So führt HEIM aus:

"Il semble que le législateur ait voulu empêcher que le prévenu provoque intentionnellement sa détention préventive afin d'échapper à l'exé-

tion de la peine qu'il considère comme un plus grand mal".<sup>36</sup>

DUBS formuliert:

"Ein anderer Grund für die Nichtanrechnung der Haft als die Verhinderung einer absichtlichen Herbeiführung oder Verlängerung strafprozessualen Freiheitsentzuges zum Nachteil des eigentlichen Strafvollzuges besteht meines Erachtens nicht."<sup>37</sup>

SCHULTZ schliesslich bemerkt:

"Es bedarf kaum des eingehenden Nachweises, dass die als Ratio legis vom Bundesgericht selber vorgetragene Begründung der im Art. 69 ausgesprochenen Regel das Richtige trifft."<sup>38</sup>

Nun besteht aber eine ernst zu nehmende andere Auslegung von Art. 69 StGB. Danach handelt es sich bei der fraglichen Bestimmung um einen Sonderfall der Entschädigung für rechtmässige Eingriffe des Staates in private Rechtsgüter, welche durch das Selbstverschulden begrenzt wird<sup>39</sup>. Entgegen Schultz bedürfte es daher sehr wohl des Nachweises, dass die "richtige" Interpretation die richtige ist.

Der Hauptgrund, weshalb sich die von der Literatur vertretene Interpretation von Art. 69 StGB nicht durchsetzen konnte, ist der entgegenstehende Wortlaut des Art. 69 StGB. Der Gesetzestext spricht nicht von einer absichtlichen oder vorsätzlichen Herbeiführung oder Verlängerung der Untersuchungshaft. Dass dies keine gesetzgeberische Unterlassung darstellt, welche vom Richter zu korrigieren wäre, lässt sich - wie das Bundesgericht im erwähnten Entscheid BGE 102 IV 153 feststellte - un schwer angesichts des Art. 40 Abs. 2 StGB herleiten, welcher im Vorentwurf zum Strafgesetzbuch von 1908 im gleichen Artikel, in welchem die Anrechnung der Untersuchungshaft geregelt war, stand<sup>40</sup>. Danach wird - im Gegensatz zu Art. 69 StGB - der Aufenthalt in einer Heil- oder Pflegeanstalt während des Strafvollzuges an die Strafe angerechnet, sofern der Verurteilte seine Verbringung in die Anstalt oder die Verlängerung des Aufenthalts arg-

listig herbeigeführt hat.

Der Wortlaut einer Bestimmung ist nun allerdings für eine bestimmte Auslegung nicht allein massgeblich, eben- sowenig wie die Absichten des Gesetzgebers. Sinn und Zweck einer Norm können nach einer extensiven und restriktiven Auslegung rufen. Sofern aber eine gleichwertige andere Interpretation zur Verfügung steht, ist derjenigen der Vorzug zu geben, welche sich enger an den Wortlaut anlehnt.

Auch das von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Erfordernis des Verschuldens findet im Gesetzestext keine ausdrückliche Erwähnung. Die vom Gesetz ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, von der Haftanrechnung abzusehen, bleibt jedoch auf dem Boden der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewahrt. Nicht so bei der zur Diskussion stehenden Interpretation von Art. 69 StGB durch das Schrifttum. Die Annahme, dass es Beschuldigte gebe, welche absichtlich die Untersuchungshaft herbeiführen oder verlängerten, um dem als grösseres Uebel empfundenen Strafvollzug zu entgehen, ist wirklichkeitsfremd<sup>41</sup>. Allenfalls trifft sie noch auf den Typus des romanschreibenden Wirtschaftskriminellen zu<sup>42</sup>, für den der Gedanke, mit "gewöhnlichen" Kriminellen zusammenzuleben zu müssen, ein Greuel ist. Der Status des Untersuchungsgefangenen ist zwar der Theorie nach freiheitlicher als derjenige des Strafgefangenen, doch führt der auf Schwerstkriminelle ausgerichtete Vollzug dazu, dass die Untersuchungshaft üblicherweise als schwerere Belastung empfunden wird als die nachfolgende Strafhaft<sup>43</sup>. Damit fehlt der Anreiz die Untersuchungshaft absichtlich herbeizuführen oder zu verlängern - die Anrechnung der Untersuchungshaft würde, entgegen dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte von Art. 69 StGB, faktisch zur Regel ohne Ausnahme.

Als Argumente für die Richtigkeit der vom Schrifttum gegebenen Interpretation wird von ihren Vertretern angeführt, das Erfordernis der absichtlichen Herbeiführung oder Verlängerung der Untersuchungshaft verhindere, dass durch die Nichtanrechnung eine Verdachtsstrafe verfügt<sup>44</sup>,

ein Geständnis erzwungen<sup>45</sup>, ein nicht strafbares Verhalten wie die Flucht sanktioniert<sup>46</sup> oder die Ergreifung eines Rechtsmittels mit Nachteilen versehen<sup>47</sup> werde. Wie noch zu zeigen sein wird, lässt sich jedoch auf dem Boden der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine sinnvolle Eingrenzung der Versagungsgründe vornehmen, welche die von der Literatur aufgezählten nachteiligen Konsequenzen weitgehend verhindert. Es bleibt damit nur noch der grundsätzliche Einwand bestehen, wonach durch die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft ein an sich nicht strafbares Verhalten "bestraft" werde. Dass dem so ist, darüber hilft kein noch so feinsinniges juristisches Argument hinweg. Die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft hat zur Folge, dass der Verurteilte entsprechend länger seine Strafe "absitzen" muss. Für den Einwand, die nicht angerechnete Untersuchungshaft habe keinen pönalen Charakter<sup>48</sup>, würde der Betroffene wohl nur ein zynisches Lächeln übrig haben. Die heutige Fassung des Art. 69 StGB aber nimmt - dura lex sed lex - diese Folge in Kauf.

### 3. Art. 69 StGB als Billigkeitsnorm (Bundesgericht)

Nach Auffassung des Bundesgerichts liegen Art. 69 StGB Billigkeitserwägungen zugrunde:

"Zweck, Dauer und auch Inhalt von Untersuchungshaft und Strafe sind verschieden. Jede diese Massnahme hat ihre selbständige Existenz. Nicht aus Gründen, die mit der Sache gegeben sind, sondern weil die Untersuchungshaft auf den Betroffenen gleich oder zuweilen noch stärker wirkt, rechnet das Gesetz aus Gründen der Billigkeit die Haft in der Regel auf die Strafe an. (...) Die Anrechnung muss aber unterbleiben, wenn der Verurteilte nach der Wertung, die eine sinngemässe Auslegung des Art. 69 StGB ergibt, sich nicht mehr auf die vom Gesetz vorgezeichneten Billigkeitsgründe berufen kann."<sup>49</sup>

Der Begriff "Billigkeit" steht im - unausgesprochenen - Gegensatz zu demjenigen der "allgemeinen Norm" oder des "Prinzips", er verweist auf die Einzelfallgerechtigkeit<sup>50</sup>. Wer die Anrechnung der Untersuchungshaft auf Billigkeitsgründe zurückführt, betont zugleich die noch zu bespre-

chende Systemwidrigkeit des Instituts: "Mit einer Art Philosophie 'als ob' wird im Grunde Inkommensurables scheinbar kommensurabel gemacht, erlittene U-Haft verbüsster Strafe gleichgesetzt."<sup>51</sup> Der Einbruch ins System geht unter Umständen so weit, dass gar eine Vereitelung des Strafzwecks in Kauf genommen wird, indem die Strafe bei gänzlicher Tilgung durch die Untersuchungshaft ihre Resozialisierungsfunktion nicht mehr erfüllen kann.

Die bundesgerichtliche Interpretation von Art. 69 StGB als Billigkeitsnorm betont zu Recht die Systemwidrigkeit der Anrechnung. Infolge ihrer fehlenden Bestimmtheit vermag sie aber zur Lösung von Streitfragen wenig beizutragen. Denn "billig" ist eine rein wertende Eigenschaft wie "gut" und "schlecht". Sie verweist auf - wandelbare - Vorstellungen von einer "angemessenen" Lösung. Es erstaunt daher keineswegs, dass das Bundesgericht in früheren Entscheiden es als billig empfunden hat, dass eine Anrechnung an die Strafe auch bei unverschuldeter Verursachung der Untersuchungshaft zu unterbleiben habe, seine diesbezügliche Praxis jedoch später gestützt auf die nämlichen Billigkeitserwägungen revidiert hat.

#### 4. Art 69 StGB als Entschädigungsnorm für rechtmässige Eingriffe des Staates

Unternimmt man es, den der Anrechnung zugrunde liegenden Gedanken schärfer herauszuarbeiten, dann gelangt man dazu, die Anrechnung als besondere Form der Entschädigung für rechtmässige Eingriffe des Staates in Rechtsgüter des einzelnen zu betrachten<sup>52</sup>. Der Staat legt dem Bürger ein Uebel in Form des Freiheitsentzugs auf. Dieses Uebel, das der betreffende Bürger im Interesse der Rechtspflege zu dulden hat, soll ausgeglichen werden, zumal der Verdächtige während der Erduldung dieses Übels als unschuldig zu gelten hat. Erweist sich der Beschuldigte als unschuldig, geschieht dies in Form einer Entschädigung in Geld. Erweist sich der Verdächtige als schuldig, so wird das erduldete Uebel grundsätzlich durch Anrech-

nung an die Strafe ausgeglichen<sup>53</sup>. Da die Untersuchungshaft keine zusätzliche Strafe darstellt und ihre Rechtfertigung auch nicht aus der nachfolgenden Verurteilung bezieht, beseitigt die Verurteilung allein den Entschädigungsanspruch nicht; denn auch der im nachhinein Verurteilte erlitt die Untersuchungshaft (im Sinne von Art. 6 Abs. 2 MRK) als Unschuldiger. Diese Vermutung kann sich später nur als falsch herausstellen, sie kann aber nicht rückwirkend entfallen<sup>54</sup>.

Die staatliche Entschädigungspflicht für rechtmässige Eingriffe in die Rechtsgüter des einzelnen ist in der Schweiz - allgemein - nur in Ansätzen verwirklicht<sup>55</sup>. Auf dem Gebiete des Strafverfahrensrechts ist sie, wenigstens dem Grundsatz nach, anerkannt<sup>56</sup>. Sie ist es, wie Art. 69 StGB zeigt, auch im materiellen Strafrecht.

Die Interpretation des Art. 69 StGB als Sondernorm einer Entschädigungspflicht, welche auf dem Gebiete des Straf- und Strafprozessrechts für die Fälle entsprechender rechtmässiger Eingriffe des Staates statuiert ist, vermag - dies ist ihr wesentlichster Vorteil gegenüber der Billigkeitskonzeption des Bundesgerichtes - die in Art. 69 StGB vorgesehenen Ausnahmen zu begründen und hinreichend zu begrenzen. Nach einem allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsatz wird ein Entschädigungsanspruch begrenzt durch ein allfälliges Selbstverschulden. So kann bei Einstellung des Strafverfahrens oder im Falle eines Freispruchs die Entschädigung unter anderem auch für erstandene Untersuchungshaft entfallen, wenn der Beschuldigte das Verfahren durch ein verwerfliches oder leichtfertiges - mithin durch ein schuldhaftes - Verhalten veranlasst hat<sup>56</sup>. Der gleiche Grundsatz - die Versagung der Anrechnung bei Selbstverschulden - hat auch Art. 69 StGB zu beherrschen. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung erhält durch die vorliegende Konzeption erst ihr Fundament.

## 5. Zusammenfassung

Von den vorstehend besprochenen Interpretationen des

Art. 69 StGB erscheint die Auffassung, wonach es sich bei der Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe um eine Form der Entschädigung für rechtmässige Eingriffe des Staates in Rechtsgüter des einzelnen handle, de lege lata am besten gesichert. Sie respektiert den Wortlaut der Bestimmung, ohne zu stossenden Ergebnissen zu führen, sofern der so interpretierte Artikel hinreichend differenziert angewendet wird. Zu Recht betont sie die Systemwidrigkeit des Instituts unter prinzipiellen Gesichtspunkten<sup>57</sup>. Demgegenüber krankt die von SCHUBARTH vorgeschlagene verfassungsmässige Interpretation an inneren Widersprüchen und an der ihr zugrunde liegenden fragwürdigen Rechtfertigungskonzeption der Untersuchungshaft. Die von der herrschenden Lehrmeinung vertretene Auffassung, dass der Grund für den Ausschluss der Anrechnung allein im Umstande zu sehen sei, dass ansonsten der strafprozessuale Freiheitsentzug - zum Nachteil des Strafvollzugs - absichtlich herbeigeführt oder verlängert werden könnte, lässt sich angesichts des entgegenstehenden Wortlauts und der Entstehungsgeschichte von Art. 69 StGB nicht hinreichend durch die herkömmlichen Auslegungsargumente stützen.

#### IV. Die Problematik der Anrechnung der Untersuchungshaft

Untersuchungshaft und Strafhaft sind ihrem Wesen nach verschieden. Aus diesem Grunde ist die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe, wie erwähnt, genau gesehen systemwidrig. Die Problematik der Anrechnung wird verstärkt oder gemildert, je nachdem, welchen Zweck man der Strafe zuerkennt.

Während der Zweck der Untersuchungshaft sich unschwer aus den einschlägigen strafprozessualen Normen ableiten lässt, besteht über den Zweck der Strafe eine klassische Kontroverse. Der Strafe wird Abschreckungs-, Vergeltungs-, Sühne-, Sicherungs- und Besserungsfunktion zugeschrieben. Teilweise bestehen zwischen diesen Strafzielen schwer auf-

zulösende Antinomien<sup>58</sup>. Nach Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 StGB soll für den Strafvollzug der Resozialisierungsgedanke massgebend sein.

Fasst man die Strafe vorwiegend als Vergeltungs-, Sühne-, Sicherungs- und Abschreckungsmittel auf, dann vermag die Untersuchungshaft durchaus gewisse Straffunktionen zu übernehmen. Da die Untersuchungshaft vom Betroffenen zumeist als ebenso drückend - wenn nicht drückender - wie die Strafhafte erlebt wird, vermöchte sie hinreichend Vergeltung zu sein für das Uebel der Tat<sup>59</sup>. Insoweit der schuldige Untersuchungshäftling die Haft als Folge seiner Tat bejaht, vollbringt er eine Sühneleistung<sup>60</sup>. Die Sicherungsfunktion der Strafe ist auch durch Untersuchungshaft zu erreichen<sup>61</sup>; ebenso die Abschreckungswirkung, da es diesbezüglich allein auf das zu erwartende Uebel, ungeachtet seiner rechtlichen Qualifikation, ankommt.

Ganz anders verhält es sich, wenn man der Strafe ausschliesslich oder primär Resozialisierungsfunktion zuspricht. Während der Untersuchungshaft erfolgt keine erzieherische Beeinflussung. Durch die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe wird letztere unter Umständen so verkürzt, dass sie ihre Aufgabe nicht oder nicht mehr genügend wahrnehmen kann<sup>62</sup>. Uebrig bleibt ein geringer Strafrest, dem alle Mängel der kurzen Freiheitsstrafe anhaften<sup>63</sup>. Je konsequenter der Strafvollzug auf die Resozialisierung des Täters ausgerichtet ist, desto fragwürdiger wird also die Anrechnung der Untersuchungshaft. Es erscheint daher widerspruchsvoll, dass der Alternativentwurf zum deutschen Strafgesetzbuch, der sich der Spezialprävention in besonderem Masse verpflichtet fühlt, in Art. 63 Abs. 1 Satz 2 AE eine sehr weitgehende Anrechnung der Untersuchungshaft statuiert. Heute mag man die Anrechnung der Untersuchungshaft damit rechtfertigen, dass in der Realität des Strafvollzugs das repressive Element noch deutlich überwiegt, so dass der Wegfall eines Teils der Strafe in der Regel keine sozial-schädlichen Auswirkungen zeitigen dürfte. Längerfristig gesehen, ist die

umfassende Anrechnung der Untersuchungshaft jedoch kein fortschrittliches Postulat.

## § 2     Grundsätzliches zur Anrechnung

### I.     Das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme

Art. 69 StGB statuiert das Prinzip der obligatorischen Anrechnung der Untersuchungshaft an die Freiheitsstrafen. Die Anrechnung der Untersuchungshaft ist nicht, wie der Vorentwurf und der Entwurf zum Strafgesetzbuch vorsahen, ins Ermessen des Richters gestellt. Liegen keine Ausschlussgründe vor, muss die Anrechnung der Untersuchungshaft auf der Basis: 1 Tag Untersuchungshaft = 1 Tag Strafhaf vom Richter ausgesprochen werden<sup>64</sup>.

Obwohl dies dem Wortlaut der Bestimmung nicht ausdrücklich entnommen werden kann, nimmt die Praxis an, dass die Anrechnung die Regel, die Nichtanrechnung die Ausnahme darstellen soll<sup>65</sup>. Daraus folgt, dass die Versagungsgründe so gefasst sein müssen, dass das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme nicht aufgehoben wird. Schon unter diesem Gesichtspunkt erscheint die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche für die Verweigerung der Anrechnung allein auf die Verursachung abstellte, fragwürdig.

Die Tragweite des Grundsatzes der Haftanrechnung wird durch Zahl und Bedeutung der Versagungsgründe bestimmt. Von rechtlichem Interesse ist daher weniger der Grundsatz, vielmehr sind es die Ausnahmen.

### II.     Die Anrechnung durch den Richter

Art. 69 StGB wendet sich an den Richter. Dieser hat anlässlich des Strafurteils über die Anrechnung der Untersuchungshaft zu befinden. Zu beachten gilt, dass Art. 69 StGB nicht die einzige Norm richterlicher Haftanrechnung ist. Art. 375 Abs. 2 StGB regelt die Frage der Haftanrechnung in Fällen, wo ein erstinstanzlich Verurteilter ein Rechtsmittel trölerisch einlegt bzw. aufrechterhält. Sieht

man von den selteneren Fällen ab, in welchen der Verurteilte im Rechtsmittelverfahren neu inhaftiert werden muss, richtet sich Art. 69 StGB an den erstinstanzlichen Richter, Art. 375 Abs. 2 StGB an den Rechtsmittelrichter.

Auch die Strafvollzugsbehörden können in die Lage versetzt werden, einen Entscheid nach Massgabe des Art. 69 StGB fällen zu müssen, nämlich dann, wenn ein Verurteilter nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Urteils sich dem Strafvollzug entzieht. Art. 69 StGB ist in solchen Fällen analog anwendbar<sup>66</sup>.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 69 StGB tritt - entgegen der Regelung von § 51 des deutschen Strafgesetzbuches<sup>67</sup> - die Anrechnung nicht von Gesetzes wegen, sondern erst durch Richterspruch ein. Der Entscheid hat im Dispositiv des Urteils zu erscheinen<sup>68</sup> und nimmt daher an der Rechtskraft des Urteils teil<sup>69</sup>. Aus diesem Grunde durften - wird die Anrechnung durch den Richter, wie es bisweilen vorkommt<sup>70</sup>, vergessen - die Strafvollzugsbehörden diesen Mangel an sich nicht zugunsten des Verurteilten formlos verbessern. Die Gewaltentrennung verbietet die Korrektur eines richterlichen Entscheids durch Verwaltungsbehörden<sup>71</sup>. Gleichwohl ist sie in solchen Fällen zu befürworten. Der Fehler eines Richters - und allenfalls der Anklagebehörde, die es unterlassen hat, ein Rechtsmittel zugunsten des Verurteilten einzulegen -, soll nicht vom Verurteilten vertreten werden müssen. Manchmal haben dogmatische Erwägungen vor der praktischen Vernunft zu weichen.

Allerdings ist nicht immer leicht festzustellen, ob ein Gericht die Anrechnung irrtümlich unterlassen hat, insbesondere dann, wenn der Vollzugsbehörde lediglich ein Urteilsdispositiv zugestellt wird. Zur Vermeidung von Unklarheiten ist daher zu fordern, dass auch die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft oder eines Teils derselben ins Urteilsdispositiv aufgenommen wird.

### III. Zeitpunkt und Wirkung der Anrechnung

Gemäss feststehender Praxis tritt die Wirkung der An-

rechnung bei unbedingten Freiheitsstrafen und Bussen mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils, bei bedingt aufgeschobenen Freiheitsstrafen mit dem Widerrufsentscheid ein<sup>72</sup>. Die Strafe gilt im angerechneten Umfang als getilgt<sup>73</sup>. Die Konsequenzen, welche die Rechtsprechung daraus unter anderem mit Bezug auf den Rückfall und die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges zieht, sind bei Behandlung der entsprechenden Fragen zu besprechen<sup>74</sup>.

#### IV. Die Anrechnung unrechtmässiger Haft

Verhängung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft können mit Rechtsmängeln verschiedenster Art behaftet sein. Ungesetzlich ist eine Haft, bei deren Anordnung oder Verlängerung die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen, also kein dringender Tatverdacht oder keine Flucht-, Kollusions-, oder Fortsetzungsgefahr besteht<sup>75</sup>. Ungesetzlich ist auch eine Haft, welche nicht von der zuständigen Behörde angeordnet oder verlängert wird oder gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstösst.

In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob nur die gesetzmässige Untersuchungshaft an die Strafe anzurechnen sei, die ungesetzliche dagegen in Geld entschädigt werden müsse. Die richtige Antwort ergibt sich aus der Ratio von Art. 69 StGB: Da die fragliche Bestimmung allgemein die Entschädigung für die strafprozessuale Haft im Falle einer Verurteilung regelt, hat Art. 69 StGB immer Platz zu greifen, wenn eine Entschädigung "in natura" durch Anrechnung möglich ist<sup>76</sup>. Dies schliesst nicht aus, dass bei ungesetzlicher Haft zusätzlich ein Genugtuungsanspruch besteht<sup>77</sup>. Die Anrechnung wird in der Regel auch den Intentionen des Verurteilten entsprechen. Auch der Staat erträgt wohl die Schmälerung seines (immateriellen) Strafanspruchs williger als die Schmälerung seines Geldsäckels.

## 2. Abschnitt

### Der Ausschluss der Anrechnung

#### § 1     Allgemeines

Nach dem Wortlaut von Art. 69 StGB ist dem Verurteilten die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe zu verweigern, soweit er die Haft durch sein Verhalten nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat. Als Voraussetzung für die Nichtanrechnung wird somit - ausdrücklich - nur die Kausalität des Verhaltens verlangt. Eine sinngemässe Auslegung ergibt jedoch, dass für den Fall einer Nichtanrechnung noch zwei weitere Voraussetzungen hinzutreten müssen, nämlich die Momente der Pflichtwidrigkeit und der Verwerfbarkeit.

#### I.     Kausalität

Eine erste wichtige und begrenzende Voraussetzung für den Ausschluss der Anrechnung ist der Umstand, dass das Verhalten des Täters für die Haftanordnung oder -verlängerung ursächlich gewesen sein muss. Fehlt es an diesem Kausalzusammenhang, ist die Untersuchungshaft in jedem Fall anzurechnen, selbst wenn das Verhalten des Beschuldigten noch so stossend war. Rechtsnachteile, welche ohne Zutun des Täters eingetreten sind, hat dieser nicht zu vertreten.

Ogleich die Frage der Kausalität für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft von zentraler Bedeutung ist, finden sich in Schrifttum und Judikatur nicht mehr als beiläufige Aeusserungen über die Art des erforderlichen Kausalzusammenhangs. Entsprechend gross ist die Unsicherheit. Das Bundesgericht legte seiner Rechtsprechung nicht weniger als drei verschiedene Arten von Verursachung zugrunde<sup>1</sup>. Die Kausalitätsfrage ist daher einer näheren Betrachtung wert.

## II. Pflichtwidrigkeit

Weder im Strafrecht noch im zivilen Haftungsrecht lässt sich die Verantwortlichkeit allein aus der Verursachung ableiten. Voraussetzung für eine Zuordnung ist im Regelfall das Vorliegen eines Normverstosses. Dies gilt selbst für die reine Kausalhaftung im Zivilrecht<sup>2</sup>. Nach der im Zivilrecht vorherrschenden dualistischen Betrachtungsweise wird das Vorliegen eines Pflichtverstosses unter den Titeln "Widerrechtlichkeit" und "Verschulden" behandelt<sup>3</sup>, im Strafrecht unter dem Begriff der Rechtswidrigkeit.

Nicht jedes Verhalten des Beschuldigten, welches zur Herbeiführung oder Verlängerung der Untersuchungshaft beiträgt, ist auch rechtlich verpönt. Wer ein Rechtsmittel einlegt, verlängert die Dauer der Untersuchungshaft, ohne dass ihm deswegen die Anrechnung der verlängerten Haft zu verweigern wäre. Die im Grunde sehr triviale Erkenntnis, dass es eines Kriteriums bedarf, um erlaubte Verhaltensweisen von unerlaubten zu unterscheiden, wurde vom Bundesgericht in ihrer dogmatischen Bedeutung erst in der neuesten Rechtsprechung gewonnen. Rechtsprechung und Literatur begnügten sich vordem in der Regel damit, einen Katalog typischer Versagungsgründe aufzustellen, ohne das ihnen zugrunde liegende Gemeinsame, die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens, herauszuarbeiten. Die Fruchtbarkeit dieser methodischen Verallgemeinerung darf nicht unterschätzt werden. In konsequenter Anwendung führt sie zu einer weiteren Einschränkung der Versagungsgründe.

## III. Vorwerfbarkeit

Das Bundesgericht gelangte im Entscheid BGE 102 IV 153 aufgrund von Billigkeitserwägungen zum Erfordernis der subjektiven Vorwerfbarkeit als dritter Voraussetzung für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft. Fasst man Art. 69 StGB als Entschädigungsnorm für rechtmässige Eingriffe des Staates auf, dann ergibt sich die Notwendigkeit dieser Voraussetzung in Analogie zur Entschädigungs-Regelung bei Einstellung des Verfahrens oder bei

Freispruch.

## § 2 Die Versagungsvoraussetzungen im einzelnen

### I. Kausalität

#### 1. Das Nichtgenügen der strafrechtlichen Kausalitätstheorien

Beim Kausalitätsproblem geht es um die Frage, in welcher Weise ein bestimmtes Täterverhalten mit dem Erfolg verknüpft sein muss, um eine bestimmte Rechtsfolge auszulösen<sup>4</sup>. Nach neuerer Strafrechtslehre ist die Kausalitätsfrage ein Teilproblem der Lehre von der objektiven Zurechnung<sup>5</sup>. Betrachtet man Kausalität nicht als eine ontologische, sondern als eine juristische Kategorie, dann ist es auch angängig, Fragen der objektiven Zurechnung unter dem Kausalitätsproblem abzuhandeln<sup>6</sup>.

Die strafrechtliche Kausalitätslehre gilt bekanntlich als besonders schwierig und kontrovers. Was die Frage der Nichtanrechnung der Untersuchungshaft anbelangt, so erscheint es wenig sinnvoll, das Problem auf der Ebene der Theorien abzuhandeln. Denn gerade auf die Hauptfrage, ob die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe bei Vorliegen eines vorwerfbaren Verstosses gegen allgemeine Verfahrenspflichten auch dann zu verweigern sei, wenn ein anderes Verhalten die Haft nicht hätte abwenden können, sind die strafrechtlichen Kausalitätstheorien nicht zugeschnitten. Die *conditio-sine-qua-non*-Formel in der Fassung der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie<sup>7</sup> versagt, wenn im Einzelfall Reserveursachen bereitstehen, die in gleicher Weise und zum gleichen Zeitpunkt zum selben Erfolg geführt hätten<sup>8</sup>. Gleiches gilt für die Adäquanztheorie, die lediglich eine Modifikation der Bedingungstheorie darstellt<sup>9</sup>. Die von ENGISCH entwickelte Formel von der gesetzmässigen Bedingung<sup>10</sup> führt zu einem unbefriedigenden Resultat. Bei dieser Sachlage erscheint es zweckmässiger, die Lösung der Kausalitätsfrage im Sinne von Art. 69 StGB aus dem Einzelfall zu gewinnen und sich erst nach-

her um ihre dogmatische Einordnung zu bemühen.

2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Kausalität im Sinne von Art. 69 StGB

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 69 StGB verschiedentlich zum Kausalitätsproblem Stellung genommen. Seine Praxis ist - zumindest was frühere Entscheide anlangt - äusserst schwankend und widerspruchsvoll.

a) Bei Konkurrenz von abstrakten und konkreten Haftgründen

In BGE 73 IV 95 erklärte das Bundesgericht zur Frage der Konkurrenz abstrakter und konkreter Haftgründe:

"Einzig auf den Kausalzusammenhang zwischen der Haft und dem erwähnten Verhalten des Beschuldigten kommt es an. Massgebend ist dabei, aus welchem Grunde der Beschuldigte tatsächlich verhaftet oder in Haft behalten worden ist, unbekümmert darum, ob sich nachträglich ein anderer Grund finden lässt, mit dem die Verhaftung oder Haftbelassung vor dem Gesetze ebenfalls hätte gerechtfertigt werden können, wie etwa ein allgemeiner Fluchtverdacht bei Begehung einer mit Zuchthaus bedrohten Tat."

Diese Rechtsauffassung wurde in BGE 91 IV 2 bekräftigt:

"Das Verhalten nach der Tat, das einen besondern Haftgrund darstellt, und für die Verhaftung oder Haftbelassung tatsächlich massgebend war, ist für die Haft auch dann kausal, wenn sie durch ein anderes Benehmen des Beschuldigten nicht hätte abgewendet oder verkürzt werden können, sondern ohne den besonderen Haftgrund aus einem allgemeinen angeordnet oder aufrechterhalten worden wäre."

Im Entscheid BGE 95 IV 130 schliesslich kritisierte und revidierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung:

"Für den Fall einer solchen Konkurrenz von Haftgründen hat der Kassationshof in BGE 90 IV 2 entschieden, dass die Anrechnung ausgeschlossen sei, sobald das Verhalten des Beschuldigten die Haft begründet habe, selbst wenn diese wahrscheinlich auch aus andern, nicht von diesem Verhalten abhängigen Gründen angeordnet oder verlängert

worden wäre. Dieser Grundsatz, der darauf hinausläuft, das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs mit dem Verhalten zu verneinen, ist zu absolut gefasst. Selbst dann, wenn der Angeschuldigte den Flucht- oder Kollusionsverdacht, der aus von seinem Willen unabhängigen Gegebenheiten abgeleitet wurde, durch sein Verhalten bestätigt, kann er nicht eine Haft herbeiführen, die schon angeordnet worden ist und auch aufrecht erhalten worden wäre, wenn er sich anders benommen hätte."<sup>11</sup>

b) Bei mittelbarer Verursachung der Haft

Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt eine mittelbare Verursachung der Haft vor, wenn das Verhalten des Beschuldigten Anlass zur Haft gab, ohne die Merkmale eines gesetzlichen Haftgrundes aufzuweisen. Ein solcher Fall lag dem Entscheid BGE 81 IV 17 zugrunde<sup>12</sup>. Der Verurteilte Karpf, der sich bereits im Strafvollzug befunden hatte, erzwang durch die trölerische Einreichung einer Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 429 der zürcherischen StPO seine Rückversetzung in die Sicherheitshaft. Das Bundesgericht führte aus:

"Art. 69 StGB schliesst die Anrechnung der Haft nicht nur dann aus, wenn das Verhalten des Beschuldigten die Merkmale eines gesetzlichen Haftgrundes aufweist. Es genügt, dass die Haft mit dem Verhalten des Beschuldigten ursächlich zusammenhänge, d.h. dass dieser sie durch ein anderes Benehmen hätte abwenden oder verkürzen können."<sup>13</sup>

Für einen Sonderfall der Haftverursachung sollte danach - schon vor der erwähnten Praxisänderung (BGE 95 IV 130) - der in BGE 73 IV 95 entwickelte und in BGE 91 IV 2 bestätigte Grundsatz keine Geltung finden.

c) Bei der Haftverlängerung

Hatte das Bundesgericht in konstanter Praxis<sup>14</sup> erkannt, dass Auskunftsverweigerung und Leugnen zur Versagung der Anrechnung führen, und damit unterstellt, dass solche Verhaltensweisen für die Verlängerung der Untersuchungshaft ursächlich sein können, verneinte es diese Kausalität

in BGE 103 IV 11:

"Beschränkt sich der Beschuldigte darauf, die ihm vorgeworfenen Straftaten, die ihn belastenden Indizien oder die Glaubwürdigkeit der gesammelten Beweise zu bestreiten, um einer Verurteilung zu entgehen, so unterlässt er es, die gegen ihn vorhandenen belastenden Beweise zu bestärken, und versagt damit die Mitwirkung an seiner Ueberführung, zu der er nicht verpflichtet ist. Das Verfahren wird dadurch noch nicht erschwert oder verlängert, denn die Lügen des Beschuldigten schmälern nicht die Beweiskraft der gesammelten Beweise und haben nur zur Folge, dass das Verfahren ohne Geständnis des Beschuldigten abgeschlossen werden muss oder in Fällen, in denen der Schuldbeweis noch nicht vollständig erbracht ist, nicht verkürzt werden kann."

Wie noch zu zeigen sein wird, werden hier vom Bundesgericht Fragen der Kausalität mit solchen der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens vermengt. Offensichtlich bekannte sich das Gericht (noch) nicht zu seinem eigenen, neu entwickelten Erfordernis des Pflichtverstosses<sup>15</sup>.

d) Feststellbarkeit der Kausalität

In BGE 101 IV 210 verlangte das Bundesgericht "einen klaren Zusammenhang zwischen dem Benehmen des Täters im Verfahren und der Dauer der Haft". Auf die Bedeutung dieser Feststellung wird noch einzugehen sein<sup>16</sup>.

3. Die massgebliche Kausalitätsform

a) Die an die Kausalitätsform zu stellenden Anforderungen

Als eigentlich problematisch hat sich im Zusammenhang mit der Anrechnung der Untersuchungshaft - wie die Rechtsprechung zeigt - nur die Frage erwiesen, ob ein Verhalten, das zur Haft oder zu ihrer Verlängerung führte, auch dann als ursächlich bezeichnet werden solle, wenn derselbe Erfolg auch durch andere, vom Willen des Täters unabhängige Umstände eingetreten wäre. Unter diesem Gesichtspunkt sind bei der Haftverursachung namentlich zwei Fälle

denkbar:

- (1) Die Untersuchungshaft wird von der zuständigen Behörde infolge des Verhaltens des Beschuldigten nach der Tat (z.B. Flucht vorbereitungen, Kollusionsversuche) angeordnet. Auf eine Prüfung, ob ohnedies Haftgründe vorliegen, wird verzichtet. Nur das Täterverhalten ist für die Untersuchungsbehörde bestimmend, die weiteren allenfalls vorliegenden Haftgründe sind somit nicht wirksam geworden (hypothetischer Kausalverlauf<sup>17</sup> bezüglich der anderen Ursachen).
- (2) Die Untersuchungshaft wird nach Prüfung aller Haftgründe sowohl wegen des Täterverhaltens als auch wegen anderer Umstände angeordnet. Täterverhalten und diese andern Umstände reichen für sich allein zur Haftanordnung aus (alternativer Kausalverlauf<sup>18</sup>).

Die für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft massgebende Kausalitätsform hat somit letztlich nur einer Bedingung zu genügen: Sie soll in den genannten Fällen eine der Ratio von Art. 69 StGB entsprechende Zuordnung des Täterverhaltens erlauben.

b) Die conditio-sine-qua-non-Formel in ihrer unmodifizierten Fassung

Die Untersuchungshaft ist ein Uebel, das zum Zweck des Strafverfahrens oder zum Schutz der Öffentlichkeit einer als unschuldig zu betrachtenden Person<sup>19</sup> auferlegt wird. Ihre Anordnung oder Dauer braucht nicht von einem Verhalten dieser Person abhängig zu sein. Aus diesem Umstand folgt, dass die Nichtanrechnung der Haft wegen eines bestimmten Täterverhaltens nur dann als berechtigt erscheinen kann, wenn die Haft selbst oder deren Verlängerung vermeidbar gewesen wäre. Dem Entscheid BGE 95 IV 128 ist daher im Ergebnis zuzustimmen.

Welche Kausalitätsauffassung wird nun der geforderten sinnvollen Zuordnung gerecht? Nach Meinung des Verfassers ist es nur die conditio-sine-qua-non-Formel der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie, jedoch in ihrer strengen, unmodifizierten Fassung. Ein Verhalten ist danach als ursäch-

lich im Sinne von Art. 69 StGB zu bezeichnen, wenn dieses nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Haftanordnung oder -verlängerung entfallen wäre. Keine Kausalität liegt vor, wenn im konkreten Einzelfall weitere Umstände hinzutraten oder hinzugetreten wären, welche für sich allein zur Erfolgsverursachung ausgereicht hätten. Kausalität, wie sie hier verstanden wird, ist somit keine ontologische, sondern eine spezifisch juristische Kategorie<sup>20</sup>.

Die hier besprochene Kausalitätsform ist dem Strafrecht nicht völlig fremd. Die Vermeidbarkeit des Erfolgs ist Voraussetzung für den Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts<sup>21</sup>. Die dogmatische Einordnung im Deliktsaufbau der fahrlässigen Tat bereitet allerdings Schwierigkeiten. Die deutsche Rechtsprechung behandelt diese Frage unter dem Kausalitätsproblem, was vom Schrifttum zum Teil kritisiert wird<sup>22</sup>.

#### 4. Die Beschränkung der relevanten Ursachen

Betrachtet man als ursächlich im Sinne von Art. 69 StGB jedes Verhalten, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg - die Untersuchungshaft oder deren Verlängerung - entfielen, dann werden auch entlegene Ursachen miteingefasst, ein unendlicher Regress greift Platz. So hat schon derjenige, welcher sich durch Verübung einer strafbaren Handlung einem dringenden Tatverdacht aussetzt, die Untersuchungshaft verursacht<sup>23</sup>. Das ist kein prinzipieller Mangel dieser Kausalitätsauffassung. Denn die notwendige Beschränkung erfolgt mit der Prüfung der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens. Immerhin ergeben sich schon aus dem Wortlaut und dem Sinn von Art. 69 StGB gewisse Beschränkungen in den massgebenden Ursachen.

##### a) Das Verhalten nach der Tat bzw. in der Strafuntersuchung

Nach dem Text von Art. 69 StGB führt nur ein Verhalten des Täters nach der Tat zum Ausschluss oder zur Beschränkung der Haftanrechnung. Wird ein Beschuldigter verhaftet,

weil sein Verhalten vor der Tat, z.B. Vorbereitungen zur späteren Flucht, einen Haftgrund darstellt, so ist der Freiheitsentzug an die Strafe anzurechnen<sup>24</sup>. Diese gesetzliche Regelung wird von DUBS kritisiert:

"Eine tiefere Begründung dafür, dass der von vornherein Fluchtverdächtige in den Genuss der Anrechnung der durch den Fluchtverdacht verursachten Haft kommen soll, während derjenige, der sich erst nach der Tat fluchtverdächtig macht und deswegen verhaftet wird, durch Nichtanrechnung 'bestraft' werden muss, ist kaum zu finden."<sup>25</sup>

Die gesetzliche Einschränkung der erfolgsrelevanten Ursachen ist entgegen Dubs dann sinnvoll, wenn man unter "Verhalten nach der Tat" das Verhalten in der Strafuntersuchung versteht<sup>26</sup>. Ist gegen einen Beschuldigten ein Strafverfahren eröffnet worden, dann erwachsen ihm daraus besondere Pflichten, die eine unterschiedliche Behandlung des gleichen **Täterverhaltens** rechtfertigen.

b) Kumulative Kausalität

Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel genügt schon das Vorliegen kumulativer Kausalität, um von einer Erfolgsverursachung sprechen zu können. Kumulative Kausalität liegt vor, wenn der Erfolg erst durch das Zusammenspiel mit weiteren oder mehreren weiteren Ursachen eintritt<sup>27</sup>.

Nach dem Wortlaut von Art. 69 StGB ist die Untersuchungshaft dann nicht anzurechnen, wenn der Verurteilte sie verursacht - nicht bloss mitverursacht - hat. Bei kumulativer Kausalität darf daher die Anrechnung nicht versagt werden<sup>28</sup>. Die Zürcher Praxis, die Anrechnung der Untersuchungshaft wegen Flucht- und Kollusionsgefahr nur zu versagen, wenn der Täter bewusst bestrebt war, sich dem Strafverfahren zu entziehen oder die Untersuchung zu erschweren<sup>29</sup>, erscheint im Lichte dieser Auffassung als richtig. Denn allein ein entsprechendes vorsätzliches Verhalten reicht - ohne Hinzutreten weiterer

Umstände - aus, die Inhaftnahme eines Tatverdächtigen zu rechtfertigen.

c) Die Beschränkung auf die einwandfrei feststellbare Kausalität

Das Bundesgericht hat, wie vorstehend unter Ziff. 2 lit. d erwähnt, einen klaren Zusammenhang zwischen dem Benehmen des Täters und der Dauer der Haft als Voraussetzung für die Nichtanrechnung verlangt. Dieses auch für die Haftverursachung massgebende Postulat steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu früheren Formulierungen des Bundesgerichtes, wonach dem Richter bei der Feststellung des Kausalzusammenhangs ein weitgehendes Ermessen zustehe, dem nur das Verbot der Willkür eine Schranke setze<sup>30</sup>.

Die teilweise oder gänzliche Nichtanrechnung der Untersuchungshaft trifft einen Verurteilten schwer. Ob dieser eine Woche, einen Monat oder ein Jahr länger im Strafvollzug ausharren muss, ist für ihn von entscheidender Bedeutung. Es wäre daher unbillig, wenn man aufgrund unsicherer, hypothetischer Kausalitätserwägungen einem Verurteilten die Anrechnung der Haft versagen würde.

Nun verlangt gerade die *conditio-sine-qua-non*-Formel ein hypothetisches Eliminationsverfahren, bei dem zu fragen ist, was geschehen wäre, wenn der Täter das fragliche Verhalten nicht an den Tag gelegt hätte<sup>31</sup>. In den meisten Fällen haftet dem Resultat eines solchen Gedankenexperiments ein mehr oder weniger grosser Unsicherheitsfaktor an. Ob die Untersuchungshaft auch ohne das Verhalten des Täters mit Sicherheit, wahrscheinlich, möglicherweise angeordnet worden wäre - dies im Einzelfall zu entscheiden, ist oft ein Ding der Unmöglichkeit. Namentlich zu Beginn der Strafuntersuchung fehlt es oft an den notwendigen Entscheidungsgrundlagen. Die Verhängung oder Nichtverhängung der Untersuchungshaft wird dann mitunter - wie der Bericht über die Staatsverwal-

tung des Kantons Bern für das Jahr 1955 freimütig feststellt<sup>32</sup> - zur Temperamentssache. Wird dann nicht auch die Anrechnung der Untersuchungshaft zur Temperamentssache? Die Gerichte, bis hinauf zum Bundesgericht, machen es sich in diesem Punkte leicht. Im Normalfall prüfen sie die Frage gar nicht, ob die Untersuchungshaft auch ohne das beanstandete Verhalten angeordnet worden wäre<sup>33</sup>.

Erheblich entschärft wird das Problem der Feststellbarkeit der Kausalität bei richtiger Interpretation der vom Bundesgericht verlangten Voraussetzung der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens. In der Mehrzahl von Fällen wird ein Tatverdächtiger zu Beginn der Strafuntersuchung inhaftiert. Da nur ein Verhalten zur Versagung der Anrechnung führen soll, das sich gegen Pflichten, die sich aus dem Strafverfahrensrecht ergeben, richtet, erübrigt sich in diesen Fällen mangels Vorliegen eines Pflichtverstosses die Prüfung der Verursachung. Die Frage der Kausalität stellt sich praktisch nur noch dann, wenn die zuständige Behörde auf die Anordnung einer Untersuchungshaft ursprünglich verzichtete, im Verlaufe des Strafverfahrens jedoch aufgrund eines bestimmten Verhaltens des Beschuldigten genötigt war, diesen zu inhaftieren. Durch die zeitliche Koinzidenz dürfte im Regelfall die Kausalität hinreichend belegt sein. Ausgenommen bleiben die Fälle, in welchen sich die Notwendigkeit einer Inhaftnahme auch aus dem Gang der Untersuchung, nicht nur infolge eines bestimmten Benehmens des Beschuldigten ergibt. Je weiter eine Untersuchung fortgeschritten ist, desto besser lässt sich die Frage nach der Kausalität eines Verhaltens beantworten.

## II. Pflichtwidrigkeit

### 1. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

In Aenderung seiner früheren konstanten Rechtsprechung<sup>34</sup> erklärte das Bundesgericht in BGE 102 IV 153, der objektive Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Verurteil-

ten nach der Tat und der Untersuchungshaft genüge nicht, um die Anrechnung der Untersuchungshaft auszuschliessen:

"Es muss mehr verlangt werden. (...) Dem Verurteilten muss darüber hinaus sein Verhalten nach der Tat gemäss rechtsstaatlichen Grundsätzen objektiv vorwerfbar sein. Er muss es auch verschuldet haben. Unter Verschulden ist ein subjektiv vorwerfbarer Verstoss gegen Pflichten und Beschränkungen zu verstehen, die sich für den Beschuldigten aus dem Strafverfahrensrecht ergeben..."<sup>35</sup>

Eine Konkretisierung dieser Rechtsprechung, insbesondere was die beiden Elemente des Pflichtverstosses und der Vorwerfbarkeit betrifft, steht noch aus. Sie soll nachfolgend versucht werden.

Eine rein terminologische Unklarheit besteht mit Bezug auf den Begriff des Verschuldens. Umfasst dieser sowohl das Moment des objektiven Pflichtverstosses als auch dasjenige der subjektiven Vorwerfbarkeit? Im zitierten Abschnitt wird erst das Verschulden neben der objektiven Vorwerfbarkeit des Verhaltens genannt, im nächsten Satz erscheint es - wie auch in der Zusammenfassung des Entscheides<sup>36</sup> - als Oberbegriff. M.E. wäre es sinnvoller, die sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht übliche Trias "Schaden - Widerrechtlichkeit - Verschulden" bzw. "Tatbestand - Rechtswidrigkeit - Schuld" beizubehalten und den objektiven Pflichtverstoss als selbständige Kategorie neben derjenigen des Verschuldens zu behandeln. Die Formulierungen des Bundesgerichts entsprechen jedoch eher nicht dieser Auffassung.

## 2. Die Erwähnung des Verschuldens in der früheren Literatur und Judikatur

Die Praxisänderung des Bundesgerichts geschah unter anderem unter Hinweis auf zwei eher beiläufige Bemerkungen von HAFTER und LOGOZ:

"Der Richter hat, soweit er das Verhalten des Täters mit Bezug auf die Herbeiführung oder Verlängerung der Haft zu prüfen hat, eine Art Schuldentscheid zu fällen."<sup>37</sup>

"(...) Par là l'article 69 se rapproche des disposition de diverses lois cantonales antérieures qui n'admettaient l'imputation de la détention préventive que lorsque celle-ci n'étaient pas dues à une faute de l'inculpé."<sup>38</sup>

Auch sonst fand in Literatur und Judikatur im Zusammenhang mit Art. 69 StGB der Begriff des Verschuldens bisweilen Verwendung, doch ist dabei zumeist unklar, ob damit ein Verschulden im Sinne der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder - mehr umgangssprachlich - bloss Verursachung gemeint ist<sup>39</sup>. Ein Verschulden im herkömmlichen Sinne dagegen verlangt als Voraussetzung für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft in bewusster Abkehr von der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung die bündnerische Praxis seit dem Jahre 1964<sup>40</sup>.

### 3. Inhalt und Bedeutung des objektiven Pflichtverstosses

Die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens bestimmt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund von Verhaltensnormen, die sich für einen Beschuldigten aus dem Strafverfahrensrecht ergeben.

Die Strafprozessordnungen kennen nicht nur eine Reihe von Duldungspflichten, sondern auch, ausdrücklich oder stillschweigend, bestimmte positive Verhaltensnormen. So hat sich, wie aus den Haftvoraussetzungen zu entnehmen ist, ein Beschuldigter der Strafuntersuchung und dem Strafvollzug zur Verfügung zu halten. Auch darf er die Abklärung des Sachverhalts nicht durch Verdunkelungshandlungen verunmöglichen oder erschweren.

Man kann sich nun zu Recht fragen, was mit der Feststellung gewonnen sei, das Verhalten des Täters müsse gegen strafprozessuale Pflichten verstossen. Ueberblickt man den herkömmlichen Kanon der Versagungsgründe, stellt man fest, dass schon nach der früheren Praxis in den meisten Fällen, in welchen eine Nichtanrechnung zur Frage stand, ein Pflichtverstoss stillschweigend vorausgesetzt wurde. Nur bei den Fällen der Aussageverweigerung, des

Leugnens und der Weigerung, die Strafe vorzeitig anzutreten, ist dies zweifelhaft. Die begrenzende Funktion des zusätzlichen Erfordernisses des Pflichtverstosses aktualisiert sich daher an einem kleinen Ort, zumal zu bedenken ist, dass die Zürcher Rechtsprechung, die Anrechnung der Untersuchungshaft nur zu verweigern, wenn der Täter bewusst bestrebt war, sich der Strafuntersuchung oder dem Strafvollzug zu entziehen oder die Untersuchung zu erschweren<sup>41</sup>, stillschweigend die Anrechnungspraxis aller Gerichte, einschliesslich des Bundesgerichtes<sup>42</sup>, schon bis anhin faktisch beherrschte. Denn der Fall, dass ein Beschuldigter fahrlässig den Eindruck erweckt, es bestehe Flucht- oder Kollusionsgefahr, ist äusserst selten.

Nimmt man aber die bundesgerichtlichen Erwägungen beim Wort, dann ergibt sich aus dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens gleichwohl eine Einschränkung der Versagungsfälle. Die Verhaltensnormen des Strafprozessrechts gelten nur für die Verfahrensbeteiligten, und dies lediglich für die Dauer des Strafverfahrens. Besteht die Pflichtwidrigkeit des Benehmens im Verstoß gegen eine strafprozessuale Verhaltensnorm, dann kann dem Täter die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe also nur versagt werden, wenn er nach Eröffnung einer Strafuntersuchung einen Haftgrund setzt oder das Verfahren verlängert. Die in Art. 69 StGB verwendete Formel "... soweit der Täter die Untersuchungshaft nicht nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat" ist demzufolge zu präzisieren. Richtigerweise hätte sie zu heissen: "... soweit der Täter die Untersuchungshaft nicht durch sein Verhalten im Strafverfahren herbeigeführt oder verlängert hat."

Diese Präzisierung stützt sich letztlich auf eine einfache, gleichwohl ehrbare, Ueberlegung. Wer eine Straftat begeht, versucht unerkant zu bleiben, die Spuren der Tat möglichst zu verwischen, dem "Arm der Gerechtigkeit" zu entfliehen. Dieses Normalverhalten darf nicht Anlass für eine Nichtanrechnung der Untersuchungshaft sein.

Das Gesetz erwartet selbst von seinen Widersachern nichts Unmögliches. Ist der Rechtsbrecher jedoch einmal erkannt und gestellt, soll er seinen Kampf aufgeben und der Gerechtigkeit ihren Lauf lassen. Nunmehr erwarten ihn bestimmte Pflichten. Verstösst er, in Freiheit belassen, gegen diese Auflagen, dann hat er eine unnötige Untersuchungshaft provoziert. In solchen Fällen, und nur in solchen Fällen, rechtfertigt sich die Verweigerung der Haftanrechnung. Erst wenn das Strafverfahren gegen den Beschuldigten eröffnet ist und der Beschuldigte betroffen wurde, werden somit bestimmte Verhaltensweisen rechtlich verpönt. Da für den Täter keine strafprozessuale Pflicht besteht, sich zu stellen<sup>43</sup>, muss den Beschuldigten zumindest eine polizeiliche oder untersuchungsrichterliche Vorladung erreicht haben.

So verstanden führt das Erfordernis des prozessualen Pflichtverstosses zu einer ganz erheblichen Einschränkung der Nichtanrechnungsfälle. Denn in der Regel werden tatverdächtige Personen gleich zu Anfang der Strafuntersuchung sistiert. Die Frage der Nichtanrechnung stellt sich diesfalls gar nicht mehr.

Soll das Strafverfahrensrecht für die Frage bestimmend sein, ob ein Pflichtverstoss vorliege, besteht die Gefahr, dass Art. 69 StGB zur Blankettnorm wird. Denn die verschiedenen kantonalen Prozessrechte können allenfalls die Pflichten des Beschuldigten unterschiedlich regeln. Von Aktualität ist dieses Problem insbesondere hinsichtlich der Aussage- und Wahrheitspflicht. Für die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft darf es nicht darauf ankommen, was einzelne Prozessordnungen in dieser Hinsicht statuieren. "Art. 69 StGB sagt abschliessend, in welchen Fällen die Untersuchungshaft an die Strafe anzurechnen ist."<sup>44</sup> Unter "verfahrensrechtlichen Pflichten" sind daher allgemeine, aus der Natur des Strafverfahrens sich ergebende, Verhaltensnormen zu verstehen, welche allen Prozessordnungen gemeinsam sind. Dies hat insbesondere das Genfer Kassationsgericht richtig gesehen. In seinem Entscheid vom 1. März 1973 in Sachen Marchetto erklärte es, es sei unzu-

lässig, die durch das Leugnen verursachte Verlängerung der Untersuchungshaft als Versagungsgrund im Sinne von Art. 69 StGB zu betrachten<sup>45</sup>; dies obwohl nach Art. 104 der damals in Kraft stehenden genferischen Strafprozessordnung eine Wahrheitspflicht des Beschuldigten angenommen werden konnte<sup>46</sup>.

Zu den strafprozessualen Normen, welche für die Beurteilung des Verhaltens des Beschuldigten massgebend sind, gehören in einem weiteren Sinne auch Bestimmungen des Strafgesetzbuches. So stellt das Weiterdelinquieren während der Dauer des Strafverfahrens mehr einen strafrechtlichen denn einen prozessrechtlichen Normverstoss dar, und gemäss Art. 375 Abs. 2 StGB führt die trölerische Einreichung eines Rechtsmittels zur Versagung der Anrechnung.

### III. Vorwerfbarkeit

Das Erfordernis der persönlichen Vorwerfbarkeit des Verhaltens als dritter Versagungsvoraussetzung für die Nichtanrechnung erlaubt, subjektive Momente zu berücksichtigen. Zu bestimmen bleibt hier noch der Massstab für die Beurteilung des konkreten Täterverhaltens. Hat, wie im Zivilrecht, eine objektive Betrachtungsweise Platz zu greifen, oder ist darauf abzustellen, was vom einzelnen Beschuldigten angesichts seiner individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten erwartet werden kann?

Nach ZINDEL soll bei der Frage der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Einstellung des Strafverfahrens und im Falle eines Freispruchs von einem Durchschnittsverhalten, mithin von objektiven Kriterien, ausgegangen werden<sup>47</sup>. Demgegenüber ist m.E. bei der Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft ein subjektiver Beurteilungsmassstab angezeigt. Die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft kommt faktisch einer Verlängerung der Strafe gleich. Es ist daher nur folgerichtig, wenn das Verschulden, welches für eine Nichtanrechnung der Untersuchungshaft vorliegen muss, die gleichen Merkmale aufweist wie der Verschuldensbegriff im allgemeinen Strafrecht. Das rückt zwar einmal mehr das

Institut der Anrechnung in die Nähe einer Strafe für prozesswidriges Verhalten, bringt jedoch, zumindest in der Theorie, eine weitere Einschränkung der Nichtanrechnung.

### § 3      Die Versagungsgründe

#### I.      Hafterbeiführende Verhaltensweisen

##### 1.      Flucht und Fluchtversuche

##### a)      Indizien für die Annahme von Fluchtgefahr

Die Gründe, welche die zuständige Behörde veranlassen können, einen Beschuldigten wegen drohender Fluchtgefahr in Haft zu nehmen, sind mannigfaltig. Kennt das massgebende Verfahrensgesetz oder die Praxis keine unwiderlegbaren Fluchtpräsumptionen, wie: Flucht oder Fluchtversuch, fehlender Wohnsitz, fehlender Nachweis der Identität oder eine bestimmte zu erwartende Freiheitsstrafe, dann hat der Entscheid über die Haftanordnung den Charakter einer Prognose. Alle objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles sind hiefür als Indizien heranzuziehen, so die Umstände der Tat, die Person des Verdächtigen, sein Vorleben, sein Verhalten vor und nach der Tat, die zu erwartenden Tatfolgen, sowie allfällige weitere Gegebenheiten. Als Indizien, welche für die Annahme von Fluchtgefahr in Frage kommen, können etwa genannt werden<sup>48</sup>:

##### aa)      Umstände der Tat

- Mitgliedschaft zu einer Verbrechensorganisation, welche willens und fähig erscheint, bei einer Flucht zu helfen
- Verdacht auf eine Straftat, für deren Verfolgung ein anderes Land nach den geltenden Verträgen nicht oder wahrscheinlich nicht ausliefert
- Drogenabhängigkeit (Gefahr weiterer Beschaffungsdelikte)

- bb) Person
- charakterliche Labilität, Neigung zu Kurzschluss-handlungen
  - Gleichgültigkeit gegenüber Recht und Ordnung
- cc) Soziale Bindungen, Lebensweise
- Fehlen eines festen Wohnsitzes oder Aufenthalts-ortes
  - Fehlen fester ehelicher, familiärer oder freundschaftlicher Bindungen
  - Fehlen eines geregelten Arbeitsverhältnisses, längere selbstgewählte oder selbstverschuldete Arbeitslosigkeit
  - Orientierung nach der kriminellen Subkultur
- dd) Vorleben
- mehrere Vorstrafen
  - Rückfall, Tatbegehung während der Probezeit
- ee) Verhalten vor und nach der Tat
- Fluchtvorbereitungen (Beschaffen von falschen Papieren, Liquidation von Bankkonten, Aufgabe des Wohnsitzes etc.)
  - Flucht oder Fluchtversuche, auch in früheren Verfahren
  - gegenüber Dritten geäußerte Fluchtab-sichten
  - Angabe falscher Personalien bei der polizeilichen Kontrolle oder Vorführung
  - Widerstand bei der Vorführung
- ff) Tatfolgen
- in Aussicht stehende längere Freiheitsstrafe
  - Ruin der wirtschaftlichen oder bürgerlichen Existenz
- gg) Besondere Umstände
- fehlender Identitätsnachweis

- hoher Mobilitätsgrad
- Besitz von Vermögenswerten im Ausland.

b) Die Bedeutung der Indizien

Das Gewicht der vorstehend aufgezählten Indizien, welche für die Annahme einer Fluchtgefahr sprechen, ist sehr unterschiedlich. Flucht, Fluchtversuche und Fluchtvorbereitungen deuten "in der Regel"<sup>49</sup> auf Fluchtgefahr hin. Ihr Indizwert ist deshalb so hoch, weil sich in den fraglichen Handlungen der Wille manifestiert, sich dem Verfahren zu entziehen, während bei den anderen Anzeichen Fluchtgefahr mehr nach überkommenen generalisierenden Gesichtspunkten angenommen wird<sup>50</sup>.

Art. 69 StGB verlangt ein Verhalten des Täters nach der Tat. Es entfallen demgemäss als mögliche Versagungsgründe alle Fluchtanzeigen, welche sich aus der Person des Tatverdächtigen, seiner früheren Lebensweise, seinem Vorleben, den Tatumständen, sowie den sonstigen äusseren Umständen ergeben. Die schliesslich noch in Frage kommenden Verhaltensweisen nach der Deliktsbegehung führen nur zur Versagung der Anrechnung, sofern sie gegen eine strafprozessuale Verhaltensnorm verstossen.

c) Die pflichtwidrigen Verhaltensweisen

Der Beschuldigte ist im Strafverfahren Prozesssubjekt. Als solches ist er berechtigt, zu Beschuldigungen und zur Anklage Stellung zu nehmen, Beweisanträge zu stellen, an bestimmten Untersuchungshandlungen teilzunehmen, Rechtsmittel einzulegen etc.<sup>51</sup> Auf der anderen Seite trifft ihn der Erscheinungszwang. Er hat sich für Befragungen und weitere Untersuchungshandlungen, das gerichtliche Verfahren und den Strafvollzug zur Verfügung zu halten. Dies geht aus den einschlägigen Vorschriften über die Vorladung und Vorführung des Beschuldigten, sowie aus dem Haftgrund der Fluchtgefahr in den einzelnen Prozessordnungen hervor. Eine Nichtanrechnung der Fluchthaft kann demzufolge nur bei einem Verstoß gegen diese Verfahrenspflichten

ten bestehen.

Da nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit blosses Nichterscheinen oder die Weigerung zu erscheinen mit der milderer Massnahme der polizeilichen Vorführung zu beantworten ist, bleiben als für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr bedeutsame Verhaltensweisen lediglich Flucht, Fluchtversuche, Fluchtvorbereitungen und geäusserte Fluchtab­sichten.

In der einschlägigen Literatur werden nur die Flucht bzw. Fluchtversuche als mögliche Versagungsgründe genannt<sup>52</sup>. M.E. fallen jedoch auch Fluchtvorbereitungen und das Aeussern von ernstlichen Fluchtab­sichten<sup>53</sup> für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft in Betracht; denn diese Verhaltensweisen verstossen gleichermassen gegen den Geist des strafprozessualen Gebots, sich für das Strafverfahren und den Strafvollzug zur Verfügung zu halten.

Die Richtigkeit der - bereits im Zusammenhang mit der Frage des kumulativen Kausalzusammenhangs erwähnten - Zürcher Rechtsprechung, welche für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft verlangt, dass der Täter bewusst bestrebt war, sich der Strafverfolgung zu entziehen<sup>54</sup>, zeigt sich namentlich am Beispiel der Fluchtvorbereitungen. Erst der diesbezügliche Vorsatz macht eine bestimmte Handlung, wie z.B. die Versilberung von Vermögenswerten oder der Kauf eines Flugtickets ins Ausland, zur strafprozessual unerlaubten Verhaltensweise. Auch das Bundesgericht verlangt nunmehr in seiner neuesten Rechtsprechung ausdrücklich einen entsprechenden Willen des Täters:

"Die im Willen des Beschuldigten begründete und durch Tat bekundete Fluchtgefahr ist daher auch nach der neuen Rechtsprechung ein Verhalten des Verurteilten nach der Tat, das der Anrechnung der Haft entgegensteht."<sup>55</sup>

## 2. Kollusionshandlungen

Beim Entscheid über die Verhängung der Untersuchungshaft wegen Kollusionsgefahr sind wie bei allen Haftgrün-

den, die auf eine bestehende Gefahr abstellen, alle objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls für die Prognose "Kollusionsgefahr" heranzuziehen. Für die Anrechnungsfrage sind jedoch nur Verhaltensweisen von Interesse, welche sich nach der Tat bzw. im Strafverfahren manifestierten und einen strafprozessualen Pflichtverstoss darstellen.

Der Beschuldigte ist, wie der Haftgrund der Kollusionsgefahr in den Prozessordnungen zeigt, verpflichtet, die Aufklärung der Straftat und alle für die Urteilsfindung massgebenden Umstände nicht zu vereiteln oder zu erschweren. Rechtlich unzulässig sind diesbezüglich nicht nur Handlungen, welche im eigentlichen Sinne strafbar sind, wie die Anstiftung von Zeugen und Sachverständigen zur Falschaussage gemäss Art. 307 StGB, sondern auch solche, welche eine straflose Selbstbegünstigung darstellen<sup>56</sup>. Unzulässig sind namentlich folgende vorsätzlichen Handlungsweisen:

- das Vernichten, Verändern, Beiseiteschaffen, Unterdrücken oder Fälschen von Beweismitteln
- das Einwirken auf Zeugen oder Sachverständige, ihren prozessualen Pflichten nicht nachzukommen, namentlich durch Drohung oder Bestechung
- Absprachen mit Mitbeschuldigten
- das Veranlassen anderer zu solchem Verhalten
- alle Versuche, Vorbereitungen und Ankündigungen in dieser Richtung.

Wird ein Beschuldigter aufgrund solcher Verhaltensweisen in Untersuchungshaft gesetzt, rechtfertigen diese, sofern alle weiteren Versagungsvoraussetzungen erfüllt sind, die Verweigerung der Anrechnung der - in der Regel bis zum Abschluss der Strafuntersuchung erstandenen - Haft. Da es auf das Beweisergebnis in der Hauptverhandlung ankommt, kann in Ausnahmefällen eine unzulässige Einwirkung, namentlich auf die persönlichen Beweismittel (Zeugen), auch nach Abschluss der Untersuchung Erfolg haben und je nach der Täterpersönlichkeit oder den Tatum-

ständen (z.B. bei Rauschgifthändlern) zu befürchten sein<sup>57</sup>. Es sind daher Fälle denkbar, in welchen eine bis zum erstinstanzlichen Urteil erstandene Kollusionshaft nicht angerechnet werden kann. Für die Haft im Rechtsmittelverfahren gilt ausschliesslich die Sondernorm von Art. 375 Abs. 2 StGB<sup>58</sup>.

### 3. Fortsetzung der deliktischen Tätigkeit

Da der Haftgrund der Fortsetzungsgefahr seinem Wesen nach nicht strafprozessualer Natur ist, liegt die Pflichtwidrigkeit des haftverursachenden Verhaltens weniger in einem Verstoss gegen eine prozessuale Verhaltensnorm als in der Widerhandlung gegen eine Bestimmung des Strafgesetzbuches. Die strafprozessuale Begründung der Fortsetzungshaft, gemäss welcher durch ein weiteres Delinquieren die Strafuntersuchung verlängert oder erschwert werde<sup>59</sup>, trägt zu wenig.

Knüpft der Haftgrund der Fortsetzungsgefahr neben dem Erfordernis einer Tatbegehung während der Strafuntersuchung an die Gefahr weiterer Deliktsbegehungen an<sup>60</sup>, dann fragt sich, ob sich die Gefahr zusätzlich in einem bestimmten Verhalten des Beschuldigten (z.B. durch entsprechende Absichtserklärungen oder Tatvorbereitungen) manifestiert haben muss, dass die Anrechnung dieser Haft zu verweigern ist. Bei Prozessordnungen, welche für die Verhängung der Haft ganz allgemein die Möglichkeit genügen lassen, dass der Angeschuldigte weitere strafbare Handlungen begehen werde<sup>61</sup>, ist dies nach dem Wortlaut von Art. 69 StGB unabdingbar. M.E. ist die Frage zu bejahen, da der Beschuldigte seinen Anspruch auf Haftanrechnung nur verliert, wenn er durch sein Verhalten alle Ursachen der Untersuchungshaft gesetzt hat. Das Setzen einer Teilur Sache - im vorliegenden Falle das Begehen einer Straftat - genügt für die Haftanordnung nicht<sup>62</sup>.

### 4. Wahrheitswidrige Aussagen, Aussageverweigerungen

Das Bestreiten schon bewiesener belastender Tatsachen vermag unter Umständen die Annahme eines dringenden Tat-

verdachts zu verstärken. Nach der Ueberlegung "Wer lügt, wird auch bereit sein, die Untersuchung durch andere Mittel zu stören"<sup>63</sup>, kann ein solches Verhalten dazu beitragen, dass eine Inhaftierung wegen Kollusionsgefahr vorgenommen wird.

Das Bundesgericht hat in zwei früheren, zwischenzeitlich wohl überholten Entscheidungen, erklärt, die Verweigerung der Auskunft und das Leugnen könnten, obschon sie nicht Haftgründe im Sinne der kantonalen Strafprozessordnungen seien, die Untersuchungshaft herbeigeführt haben<sup>64</sup>. Diese Rechtsprechung war schon vor "Einführung" des Erfordernisses des Pflichtverstosses als Versagungsvoraussetzung äusserst fragwürdig; denn die Verweigerung von Auskünften und das Leugnen können die Untersuchungshaft bloss mitverursacht haben und fallen deshalb nach dem Wortlaut von Art. 69 StGB für die Nichtanrechnung der Haft ausser Betracht<sup>65</sup>.

## 5. Trölerisches Einreichen eines Rechtsmittels

Ausnahmsweise kann auch ein pflichtwidriges Verhalten, welches selbst keinen Haftgrund darstellt, eine Untersuchungshaft herbeiführen und die Verweigerung der Anrechnung rechtfertigen. Reicht ein Verurteilter, der sich bereits im Strafvollzug befindet, trölerisch ein Rechtsmittel (z.B. eine nachträgliche Nichtigkeitsbeschwerde) ein und wird dadurch die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils beseitigt, dann hat der Betreffende die nachfolgende Sicherheitshaft sich selbst zuzuschreiben. Dieser Fall lag dem bereits zitierten Entscheid BGE 81 IV 17 zugrunde<sup>66</sup>.

Dass die trölerische Prozessführung ein verpöntes Verhalten darstellt, ergibt sich aus Art. 375 Abs. 2 StGB<sup>67</sup>.

## II. Haftverlängernde Verhaltensweisen

### 1. Hafterbeiführende Verhaltensweisen, welche auch zur Haftverlängerung Anlass geben können

Die unter dem vorhergehenden Abschnitt im Zusammenhang mit der Haftverursachung besprochenen Versagungsgründe können sich auch lediglich haftverlängernd auswirken. So kann beispielsweise ein Fluchtversuch die Untersuchungshaft insoweit verlängern, als eine ursprünglich wegen Kollusionsgefahr verhängte Haft nunmehr nach Abschluss der Strafuntersuchung aufrechterhalten werden muss. Unter dem Gesichtspunkt der Haftverlängerung sind deshalb nur noch jene Verhaltensweisen abzuhandeln, welche zusätzlich zu den besprochenen zu einer teilweisen Nichtanrechnung der Untersuchungshaft Anlass geben können.

## 2. Trölerisches Benehmen

### a) Die Regelung von Art. 375 Abs. 2 StGB

Art. 375 Abs. 2 StGB bestimmt in der Fassung vom Jahre 1971, dass einem Angeschuldigten<sup>68</sup>, der trölerisch ein Rechtsmittel ergriffen hat, die Dauer der dadurch verlängerten Sicherheitshaft nicht anzurechnen sei. Für die Haft während der Dauer eines Rechtsmittelverfahrens wird damit vom Gesetz ausnahmsweise ein Versagungsgrund genannt. Die Vorschrift wendet sich sowohl an den Richter als auch - im Falle des Rückzugs des Rechtsmittels - an die Strafvollzugsbehörden. Wenn nun die trölerische Einlegung eines Rechtsmittels gegen das erstinstanzliche Urteil zur Versagung der dadurch verlängerten Haft führt, dann gilt dies zweifelsohne de lege lata auch für gleiche Verhaltensweisen in früheren Stadien des Strafverfahrens und für trölerisches Benehmen überhaupt<sup>68a</sup>.

### b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hatte in einem früheren Entscheid die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft wegen eines trölerisch eingereichten Rechtsmittels abgelehnt, im wesentlichen mit der Begründung, die Ergreifung eines Rechtsmittels sei ein Recht des Verurteilten, von dessen Ausübung er nicht durch die Drohung, dass ihm im Falle

des Misserfolgs desselben die zwischen dem erstinstanzlichen und dem oberinstanzlichen Urteil ausgestandene Haft nicht angerechnet werde, abgeschreckt werden solle. Zurückhaltung sei um so mehr am Platz, als nicht leicht zu entscheiden sei, wo die Trölerei beginne. Der Laie möge unter dem Eindruck der erstinstanzlichen Verurteilung in guten Treuen ein Rechtsmittel ergreifen, welches der Richter als im vornherein aussichtslos betrachten würde<sup>69</sup>. Noch unter der alten Fassung des Art. 375 Abs. 2 StGB, welcher lediglich bestimmte, dass bei einem Rückzug des Rechtsmittels die Haft der Zwischenzeit nicht angerechnet werde, änderte das Bundesgericht seine wohlbegründete Praxis. Den im vorerwähnten Entscheid geäußerten Bedenken begegnete es mit dem Hinweis, dass die Nichtanrechnung der Haft nur dem offensichtlichen Tröler warte, d.h. demjenigen, der schlechthin nicht annehmen durfte, die Einlegung oder Aufrechterhaltung eines Rechtsmittels könne zur Abänderung des angefochtenen Entscheides führen<sup>70</sup>.

c) Der Begriff der Trölerei

Entscheidend für die Auslegung des Begriffs der Trölerei muss die Ueberlegung sein, dass die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht verkürzt werden dürfen. Da der Untersuchungshäftling sich in einer psychischen Ausnahmesituation befindet, was seinen Realitätsbezug erheblich einschränkt<sup>71</sup>, darf die bloße objektive Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels nicht alleiniger Anlass sein, einen bestimmten Teil der Untersuchungshaft nicht anzurechnen. Die notwendige Berücksichtigung subjektiver Momente ist dogmatisch unter zwei Aspekten möglich. Entweder spricht man erst dann von trölerischer Prozessführung, wenn auf seiten des Beschuldigten eine bestimmte Gesinnung zutage tritt, oder dessen subjektive Situation wird unter dem Titel der Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens berücksichtigt.

Die erste Auffassung wird in der Rechtsliteratur ver-

treten. Danach ist ein Tröler, wer ein objektiv aussichtsloses Rechtsmittel allein in der Absicht ergreift, das Verfahren zu verzögern oder den Strafvollzug hinauszuschieben<sup>72</sup>. In diesem Zusammenhang begrüsst es ZIRILLI, dass anlässlich der Gesetzesrevision von 1971 der dem deutschen Wort "trölerisch" entsprechende französische Ausdruck "téméraire" im Entwurf des Bundesrates von der Kommission des Nationalrates in "dilatoire" umgewandelt wurde. Zirilli argumentiert, obgleich die Kommission der Ueberzeugung gewesen sei, diese Aenderung sei lediglich redaktioneller Art, drücke das Eigenschaftswort "dilatoire" eine ganz bestimmte Gesinnung des Betreffenden aus, nämlich, die Strafuntersuchung oder das Urteil zu verzögern<sup>73</sup>. Die Definition des Schrifttums schliesst - dies hat man sich bewusst zu sein - die meisten Fälle von Querulanz nicht ein. Der Querulant kommt über ein wirklich oder bloss vermeintlich erlittenes Unrecht nicht hinweg. Wenn er ein Rechtsmittel ergreift, dann tut er dies in der Absicht, zu "seinem Recht" zu kommen. Wer ihn auf die Aussichtslosigkeit einer Eingabe hinweist, verstärkt in ihm nur den Argwohn, man wolle als Teilhaber einer gegen ihn gerichteten Verschwörung ihn an der Durchsetzung seines Rechts hindern<sup>74</sup>.

Das Bundesgericht verlangt für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft wegen Trölerei keinen auf die Verlängerung des Verfahrens gerichteten Willen. Tröler im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist, wer schlechterdings nicht annehmen darf, die Einreichung oder Aufrechterhaltung eines Rechtsmittels könne sich zu seinen Gunsten auswirken<sup>75</sup>.

Welcher Auffassung bezüglich der Auslegung des Begriffs der Trölerei man den Vorzug geben soll, ist nicht leicht zu entscheiden. Folgt man derjenigen des Bundesgerichts, dann entscheidet die Handhabung des Kriteriums der Vorwerfbarkeit, ob nicht durch die Möglichkeit der Nichtanrechnung der Untersuchungshaft die legitimen Verteidigungsinteressen des Beschuldigten in rechtsstaatlich unzulässiger Weise beschränkt werden. Demgegenüber dürfte die Feststellung

eines allein auf die Verlängerung des Verfahrens ausgerichteten Willens, wie sie die Auffassung im Schrifttum verlangt, in der Praxis äusserst schwierig sein<sup>76</sup> und zu entsprechenden fiktiven Annahmen führen. Für eine künftige Gesetzesrevision ist zu überlegen, ob man nicht auf diesen Versagungsgrund überhaupt verzichten sollte<sup>77</sup>.

d) Das Verhalten des Rechtsvertreters

Art. 69 StGB verlangt für die Verweigerung der Anrechnung ein prozessverlängerndes Verhalten des Verurteilten. Trölerische Verhaltensweisen seines Rechtsbeistandes sind ihm daher gemäss ausdrücklichem Gesetzeswortlaut nicht zuzurechnen. Dass diese Auslegung des Gesetzes sinnvoll ist, ergibt sich aus den nachfolgenden Überlegungen:

Der privat bestellte Rechtsanwalt steht einerseits in einem privatrechtlichen Auftragsverhältnis zu seinem Klienten, andererseits in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat. Er ist in der Formulierung des Bundesgerichts "Diener des Rechts und Mitarbeiter der Rechtspflege"<sup>78</sup>. Als solcher untersteht er, genau wie der Pflichtverteidiger, staatlicher Aufsicht und Disziplinar Gewalt. Seine gegenüber dem Klienten in gewisser Hinsicht unabhängige Stellung macht ihn für sein Verhalten im Prozess persönlich verantwortlich. Es gehört mit zur Aufgabe des Anwalts, seinen Mandanten von der Einreichung aussichtsloser Rechtsmittel und Eingaben abzuhalten. Nimmt der Verteidiger diese Pflicht nicht genügend wahr oder lässt er sich gar als Werkzeug in der Hand des Beschuldigten für das Gegenteil benutzen, dann ist der Klient in jedem Fall schlecht beraten. Für seinen "schlechten" Anwalt hat der Beschuldigte jedoch nicht einzustehen, selbst wenn er ihn als Wahlverteidiger zugezogen hat. Dies gilt noch viel mehr für den vom Staate bestellten Pflichtverteidiger.

Die hier vertretene Auffassung - dies kann nicht unterschlagen werden - hat praktisch zur Konsequenz, dass ein

anwaltlich vertretener Beschuldigter im Gegensatz zu einem nicht anwaltlich vertretenen durch seinen Verteidiger "ungestraft" trölerische Handlungen vornehmen kann. Die gegenteilige Auffassung führt jedoch zu einem noch weit unbefriedigeren Resultat. Wird dem Verurteilten die Handlungsweise seines Anwaltes zugerechnet, dann ist nicht auszuschliessen, dass ihm die Anrechnung der Untersuchungshaft teilweise verweigert wird, obwohl ihn persönlich kein Verschulden trifft. Denn infolge des vertraulichen Charakters der Beziehung "Anwalt - Klient" dürfte kaum je feststellbar sein, von wem eine trölerische Prozesshandlung ausgegangen ist.

### 3. Verweigerung der Aussage, Leugnen

#### a) Vom Wesen der Frage (nach Canetti)

Alles Fragen ist eine Form von Machtausübung. Der Gefragte ist gezwungen, sich zu besinnen. Er unterwirft sich um so mehr, je häufiger er den Fragen nachgibt. Immer legt die Antwort einen fest. Man kann sie nicht ohne weiteres verlassen. Sie zwingt einen, sich an einen bestimmten Ort zu stellen und da zu bleiben, während der Fragende von überall her zielen kann; dieser geht sozusagen um einen herum und sucht den eigenen Standort aus, wie es ihm beliebt. Er kann um den anderen kreisen, ihn überraschen und in Verwirrung setzen. Der Wechsel des Standorts gibt dem Fragenden eine Art Freiheit, die der andere nicht haben kann. Der Vorgang, wenn er sich eine Weile fortsetzt, lässt sich als eine Art Fesselung betrachten.

Eine besondere Form des Fragens ist das Verhör. Der Verhörte steht in einem Verhältnis der Feindschaft zum Verhörenden. Als der weitaus Schwächere entschlüpft er nur, wenn er glaubhaft macht, dass er kein Feind ist. Deshalb ist Schweigen gefährlich. Wer schweigt, gibt sich zwar nicht preis, doch dafür wirkt er gefährlicher, als er ist. Er verstummt nur, weil er viel zu verschweigen hat, um so wichtiger ist es, ihn nicht loszulassen.

Die Freiheit der Person liegt zu einem guten Teil im Schutz vor Fragen.

Diese Ueberlegungen - sie sind dem Buch "Masse und Macht" von Elias CANETTI entnommen<sup>79</sup> - vermögen die Tragweite des Problems der Aussage- und Wahrheitspflicht aufzuzeigen. Es kommt nicht von ungefähr, dass die Kritik des Schrifttums an der Auslegung von Art. 69 StGB durch die Rechtsprechung gerade an diesem Punkte ansetzte<sup>80</sup>. Droht einem Beschuldigten, der schweigt oder lügt, die Nichtanrechnung eines Teils der Untersuchungshaft, wirkt sich dieser Umstand als Geständniszwang aus, deren höchste Steigerung geschichtlich gesehen die hochnotpeinliche Befragung, die Folter, war. Der gleiche historische Prozess, der sich bei der Strafe beobachten lässt, die Substituierung der körperlichen Peinigung durch die Einsperrung (Gefängnisstrafe)<sup>81</sup>, wäre danach auch bei der Ahndung fehlender Aussagebereitschaft festzustellen: Statt Folter länger im Gefängnis.

b) Die Aussage- und Wahrheitspflicht und die kantonalen Strafprozessordnungen

Die Frage der Aussage- und Wahrheitspflicht des Beschuldigten im Strafverfahren ist umstritten. Sie lässt sich nur für jede Strafprozessordnung gesondert beantworten<sup>82</sup>. Der Gesetzgeber hat für die Regelung dieser Frage drei Möglichkeiten: er kann eine Auskunfts- oder Wahrheitspflicht ausdrücklich festlegen, er kann positiv regeln, dass der Beschuldigte schweigen oder lügen darf, oder er nimmt eine oder beide dieser Fragen von einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung aus<sup>83</sup>. Betrachtet man die einzelnen kantonalen Prozessordnungen, dann stellt man fest, dass sich aus keiner zwingend eine Aussage- bzw. Wahrheitspflicht ableiten lässt<sup>84</sup>.

c) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in zahlreichen früheren Entscheidungen erkannt, in einer Auskunftsverweigerung<sup>85</sup> bzw. im Leugnen der Tat<sup>86</sup> oder in falschen Aussagen überhaupt<sup>87</sup> kön-

ne ein Verhalten nach der Tat erblickt werden, welches die Untersuchungshaft verlängere, was zur teilweisen Nichtanrechnung des Freiheitsentzugs führe. Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts konnte selbst die Haft nach Abschluss der Untersuchung wegen Lügen des Beschuldigten teilweise unanrechenbar werden. Es spiele - so das Bundesgericht - keine Rolle, ob der Beschuldigte nochmals vernommen worden sei oder nicht, ob er also Gelegenheit erhalten habe, neue Schwierigkeiten zu schaffen<sup>88</sup>.

Diese Rechtsprechung rief im Schrifttum praktisch einhelliger Kritik<sup>89</sup>. Auch die kantonalen Gerichte versagten dem Bundesgericht teilweise die Gefolgschaft<sup>90</sup>.

In seinem Entscheid BGE 103 IV 8 überprüfte das Bundesgericht seine Rechtsauffassung und revidierte bzw. differenzierte sie, so dass nun nach neuer Praxis Schweigen in keinem Falle mehr zur Versagung der Anrechnung führt:

"Nach verfahrensrechtlich anerkannten Grundsätzen ist ein Beschuldigter nicht gehalten, Straftaten zu offenbaren, zu denen er nicht befragt wird; er darf sie deshalb verschweigen. Ebenso ist er nicht verpflichtet, die Untersuchung zu seinem Nachteil zu fördern oder zu erleichtern. Den Nachweis der Schuld zu erbringen, liegt von Gesetzes wegen bei den Behörden, die den Beschuldigten in keiner Weise zu einem Geständnis zwingen dürfen (vgl. Art. 41 Abs. 1 BStP, Art. 39 Abs. 5 VStrR). Er ist daher berechtigt, die Aussagen zu einer ihm vorgeworfenen Tat zu verweigern, um sich nicht selbst belasten zu müssen. Durch Ausübung des Schweigerechts wird die Untersuchung zwar nicht erleichtert, aber auch nicht erschwert. Das Verfahren hat in einem solchen Fall vielmehr seinen ordentlichen Gang zu nehmen wie dann, wenn der Beschuldigte unverschuldet abwesend wäre."<sup>91</sup>

Auch einfaches Bestreiten soll nunmehr die Anrechnung der Haft nicht hindern<sup>92</sup>, im Gegensatz zu komplizierteren Formen des Bestreitens:

"Anders verhält es sich, wenn die lügenhaften Bestreitungen nicht bloss Anlass geben, einen ohnehin ungenügenden Beweis zu ergänzen, sondern der Beschuldigte durch unwahre Behauptungen und Einwendungen die Behörden zu weiteren Untersuchungshandlungen nötigt, durch die das Verfahren über die Dauer hinaus verlängert wird, die nötig gewesen wäre, um den Beschuldigten ohne seine geständige Mithilfe der Schuld zu überführen. In diesem Falle verursacht er schuldhaft eine Verlängerung des Verfahrens im Sinne des Art. 69 StGB, so dass ihm diese Haftzeit nicht anzurechnen ist."93

Der Entscheid fand im wesentlichen die Zustimmung von SCHULTZ<sup>94</sup>.

d) Kritik

Das Bundesgericht begründet die Anrechnung der Untersuchungshaft im Falle des Schweigens zum Teil und im Falle des einfachen Bestreitens gänzlich damit, dass die beiden Verhaltensweisen nicht geeignet seien, die Haft zu verlängern. Diese Begründung ist anfechtbar, denn sie stellt einen Zirkelschluss dar. Als objektiver Vergleichsmassstab für die Beurteilung der Frage, ob Schweigen oder Bestreiten die Untersuchungshaft verlängern könne, wird der Fall einer Strafuntersuchung herangezogen, in welcher der Beschuldigte eben dieses tat. In diesem Sinne liesse sich auch argumentieren, die Einreichung eines Rechtsmittels sei nicht geeignet, die Untersuchungshaft zu verlängern, denn diese Möglichkeit sei im Gesetz vorgesehen, das Verfahren habe in einem solchen Fall seinen ordentlichen Gang zu nehmen, die Folge sei einzig, dass das Verfahren nicht verkürzt werden könne; nur die trölerische Einreichung eines Rechtsmittels verlängere die Untersuchungshaft tatsächlich. Wer so argumentiert, vermengt Fragen der Kausalität mit solchen der Pflichtwidrigkeit. Kausal für die Verlängerung der Untersuchungshaft ist jedes Verhalten des Täters, bei dessen Hinwegdenken der konkrete Erfolg nicht eingetreten, d.h. die Untersuchungshaft nicht verlängert worden wäre<sup>95</sup>. Kausal für die Verlängerung der Untersuchungshaft können demzufolge, wie die frühere bundesgerichtliche Rechtssprechung zutreffend feststellte, auch die Verweigerung von

Aussagen oder eines Geständnisses ebenso wie wahrheitswidrige Behauptungen sein. Das Bundesgericht hätte daher im Einklang mit seiner neuen Rechtsprechung<sup>96</sup> für jede der genannten Verhaltensweisen gesondert zu prüfen gehabt, ob ein prozessualer Pflichtverstoss vorliege. Es hat dies nur für den Fall des Schweigens getan. Offenbar scheute es sich davor, nur schon die einfache Lüge als prozessual erlaubt zu bezeichnen, und versuchte daher, mittels der Kausalität zum erwünschten Resultat zu gelangen. Dabei hätte dem Gericht ein anderer Ausweg offen gestanden, die Ueberlegung nämlich, dass nicht jeder haftverlängernde Pflichtverstoss zur Versagung der Anrechnung führen muss<sup>97</sup>.

Missverständlich ist im weiteren die dem bundesgerichtlichen Entscheid vorangestellte Zusammenfassung:

"Einfaches Leugnen schliesst wie die Auskunftsverweigerung die Anrechnung der Untersuchungshaft nicht aus (...). Vorbehalten bleiben Fälle, in denen der Beschuldigte das Verteidigungsrecht zur Erreichung sachfremder Zwecke missbraucht (...)." <sup>98</sup>

Der Vorbehalt der missbräuchlichen Ausübung des Verteidigungsrechts kann sich nicht auf die Fälle des einfachen Leugnens beziehen, da dieses sich nach der Kausalitätsauffassung des Bundesgerichts im gleichen Entscheid nicht verfahrensverlängernd auswirken kann.

Zu beanstanden ist schliesslich das obiter dictum des Bundesgerichts, wonach unwahre Behauptungen und Einwendungen des Beschuldigten, welche die Behörden zu weiteren Untersuchungshandlungen nötigen, generell schuldhaft sind und zur Versagung der Untersuchungshaft führen sollen. Man muss daraus schliessen, dass nach Auffassung des Bundesgerichts jede unrichtige Angabe im Strafverfahren einen prozessualen Pflichtverstoss darstellt, wobei das wahrheitswidrige Bestreiten der Täterschaft für sich allein nur mangels Kausalität nicht mit dem Rechtsnachteil der Nichtanrechnung der Haft verknüpft wird.

Die Auffassung, wonach der Beschuldigte im Strafverfah-

ren verpflichtet ist, die Wahrheit zu sagen, ist zumindest sehr umstritten<sup>99</sup>. Auf die einzelnen Prozessordnungen lässt sie sich jedenfalls nicht hinreichend abstützen, denn diese regeln die Frage der Wahrheitspflicht nicht ausdrücklich<sup>100</sup>. Auf keinen Fall kann man behaupten, dass die Wahrheitspflicht des Beschuldigten zu den allgemeinen, dem Strafverfahren inhärenten Verhaltensnormen gehört wie die Erscheinungspflicht oder die Pflicht, den Untersuchungszweck nicht zu vereiteln. Schon aus diesem Grund darf die Lüge nicht generell Versagungsgrund im Sinne von Art. 69 StGB sein<sup>101</sup>.

Der Rechtsgrundsatz, welcher wahrheitswidrige Aussagen verpönt, ist das Gebot von Treu und Glauben. Im Strafverfahren hat diese Verhaltensnorm jedoch nur sehr eingeschränkte Bedeutung. Im Strafprozess stehen sich Justiz und Beschuldigter in einem antagonistischen Verhältnis gegenüber. Vom Beschuldigten kann daher nicht erwartet werden, dass er sich an die zivilistische Form des Verkehrs unter gleichgestellten Rechtsgenossen halte. Nur extreme Verletzungen des Gebots von Treu und Glauben, wie etwa die trölerische Einreichung eines Rechtsmittels, rechtfertigen die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft. So verlangt HAUSER, dass der Beschuldigte ein "hinterhältiges, gemeines oder krass wahrheitswidriges Benehmen" an den Tag gelegt habe<sup>102</sup>. M.E. muss das Verhalten des Beschuldigten alle Merkmale des trölerischen Benehmens aufweisen. Zur Versagung der Anrechnung dürfen demzufolge nur Falschaussagen des Täters führen, welche sich nicht mehr mit dem legitimen Verteidigungsinteresse rechtfertigen lassen, sondern allein auf die Erschwerung und Verschleppung des Verfahrens gerichtet sind<sup>103</sup>. In Frage kommen in diesem Zusammenhang insbesondere die falsche Anschuldigung (Art. 303 StGB) und der Tatbestand der Irreführung der Rechtspflege (Art. 304 StGB)<sup>104</sup>. Eine genaue Grenzlinie zwischen zu tolerierenden Unwahrheiten und verpönten Falschaussagen kann jedoch nicht gezogen werden, zumal es für diesen Entscheid nicht nur auf objektive Gegebenheiten ankommt, sondern auf seiten des Beschuldigten eine verfahrensverschleppende Absicht hinzutreten muss.

Auch wenn man davon ausginge, es bestehe im Strafverfahren eine allgemeine Wahrheitspflicht auch für den Beschuldigten, dann würde daraus nicht notwendigerweise folgen, dass bei deren Verletzung die Untersuchungshaft nicht angerechnet werden dürfe. Denn es könnte sich bei dieser Rechtspflicht nur um eine *lex imperfecta*, eine Norm ohne, oder ohne direkte, strafprozessuale Sanktion<sup>105</sup> handeln. Es wäre jedoch ein stossender Wertungswiderspruch, wenn das Strafgesetzbuch, nachdem die Strafprozessgesetze aus der rechtsstaatlich motivierten Ueberlegung, dass der Beschuldigte nicht zu wahrheitsgemässen Aussagen gezwungen werden dürfe, auf eine Sanktion verzichten, für das gleiche Verhalten mit einem massiven Rechtsnachteil, der sich im Ergebnis wie eine Strafe auswirkt, aufwartete. Der Verstoss gegen eine allfällig bestehende Wahrheitspflicht kann daher, von Exzessen abgesehen, kein Versagungsgrund im Sinne von Art. 69 StGB darstellen.

#### 4. Die Weigerung, die Strafe vorzeitig anzutreten

Der Beschuldigte oder Verurteilte ist nicht gehalten, die Strafe vor Eintritt der Vollstreckbarkeit anzutreten; durch seine Weigerung wird allerdings die Dauer der Untersuchungshaft verlängert. Mangels Vorliegen eines Pflichtverstosses darf ihm aber die Anrechnung der Untersuchungshaft nicht verweigert werden<sup>106</sup>. So einfach gestaltet sich die Begründung dieser Auffassung, wenn man Ernst macht mit dem zusätzlichen Erfordernis des Pflichtverstosses neben demjenigen der Verursachung.

Ergreift der Verurteilte trölerisch ein Rechtsmittel und ist die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides von seiner Zustimmung abhängig, dann führt nicht die Weigerung, die Strafe anzutreten, zur Versagung der Anrechnung, sondern das trölerische Einreichen eines Rechtsmittels.

#### 5. Die Weigerung, notwendige ärztliche Betreuung anzunehmen, und der Hungerstreik

Eine mögliche Form der Obstruktion eines Strafverfahrens ist die Ablehnung medizinischer Behandlung zur Verhinderung oder Wiederherstellung der Verhandlungs- oder Hafterstehungsfähigkeit durch den Häftling und der gesundheitsgefährdende Hungerstreik. Die möglichen staatlichen Reaktionen auf solche Verhaltensweisen, welche im Zuge der politischen Gewaltkriminalität an Aktualität gewonnen haben, werden zur Zeit auch in der Öffentlichkeit diskutiert. Insbesondere ist eine Kontroverse um die Zulässigkeit der Zwangsernährung entbrannt<sup>107</sup>.

Für die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe ist lediglich von Interesse, ob die Nichtannahme notwendiger ärztlicher Behandlung durch den Untersuchungsgefangenen und der gesundheitsgefährdende Hungerstreik, insoweit sie zur Verlängerung der Untersuchungshaft beitragen, einen prozessualen Pflichtverstoss darstellen.

An der gerichtlichen Aufklärung und Verfolgung der Straftaten besteht ein öffentliches Interesse. Diesem Anspruch des Staates darf sich ein Untersuchungsgefangener weder durch Flucht noch durch Herbeiführung von Verhandlungs- oder Hafterstehungsunfähigkeit entziehen<sup>108</sup>. Ein solches Verhalten kann daher sehr wohl zur Nichtanrechnung eines Teils der Untersuchungshaft führen. Dies ergibt sich auch mittelbar aus der Regelung von Art. 40 Abs. 2 StGB. Danach ist der Aufenthalt in einer Heil- oder Pflegeanstalt während des Strafvollzugs nicht an die Strafe anzurechnen, wenn der Verurteilte die Unterbringung arglistig veranlasst oder verlängert hat. Der Grund für diese Nichtanrechnung kann nur darin liegen, dass der Gesetzgeber das Herbeiführen der eigenen Hafterstehungsunfähigkeit als rechtlich verpönt betrachtet. Dies muss auch für die Untersuchungshaft gelten.

Voraussetzung für die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft ist, wie in allen anderen Fällen auch, dass das Verhalten des Täters diesem persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Der Richter hat bei diesem Entscheid der Persönlichkeit des Verurteilten und der besonderen psychi-

schen Situation des Untersuchungshäftlings, insbesondere bei länger dauernder Untersuchungshaft, Rechnung zu tragen.

#### § 4      Der Umfang der Nichtanrechnung

##### I.      Die Dauer der Haft und das Kausalitätserfordernis

Hat ein Täter die Untersuchungshaft pflichtwidrig und vorwerfbar verursacht, ist ihm grundsätzlich die ganze Zeit des Freiheitsentzugs bis zum Wegfall des Haftgrundes nicht an die Strafe anzurechnen. Dies ist nicht unproblematisch, denn die Dauer der Haft ist in hohem Masse von äusseren Umständen abhängig, für welche der Täter nichts kann. So vermögen etwa Schwierigkeiten in der Ermittlung von Zeugen, die Ueberlastung eines Sachverständigen oder die Schwerfälligkeit des zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehrs die Untersuchungshaft erheblich zu verlängern<sup>109</sup>.

Es wäre unbillig, wenn man alle diese Verlängerungen den Verurteilten entgelten lassen wollte. Der Art. 69 StGB zugrunde liegende Kausalitätsgedanke verlangt, dass bei der Nichtanrechnung der Untersuchungshaft nur die ordentliche Dauer der Haft in Anschlag gebracht wird. Diese Regelung kannten schon einige kantonale Strafgesetzbücher<sup>110</sup>. Auch das Bundesgericht bekannte sich beiläufig zu dieser Rechtsauffassung<sup>111</sup>.

Nun ist freilich das Kriterium der "ordentlichen Dauer der Untersuchungshaft" sehr unbestimmt<sup>112</sup>. Dieser Umstand entbindet den Richter jedoch nicht, in jenen Fällen, in welchen die Nichtanrechnung der ganzen Untersuchungshaft zur Diskussion steht, danach zu fragen, ob die Haftdauer angesichts der Schwere der vorgeworfenen Straftaten und der Schwierigkeiten der Untersuchung angemessen war.

##### II.      Die zeitliche Begrenzung bis zum erstinstanzlichen Urteil

Begeht ein Beschuldigter während der Strafuntersuchung

einen Fluchtversuch, dann wird sich unter Umständen die Fortdauer der Haft auch während des Rechtsmittelverfahrens rechtfertigen lassen. Da die Haft bis zur Vollstreckbarkeit des Urteils Art. 69 StGB untersteht, läge es nahe, dem Verurteilten die Anrechnung bis zu diesem Zeitpunkt mit der Begründung zu verweigern, er habe die Haft zwischen den Verfahren der beiden Gerichtsinstanzen ebenfalls durch sein Verhalten verursacht. Art. 375 Abs. 2 StGB beschränkt jedoch in seiner neuen Fassung vom Jahre 1971 die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft im Rechtsmittelverfahren auf den Fall, dass ein Verurteilter das Rechtsmittel trölerisch einreicht oder aufrechterhält. Mit der Gesetzesrevision wollte man unter anderem vermeiden, dass aus Angst vor der Nichtanrechnung der nachfolgenden Haft auf eine berechnigte Appellation verzichtet wird<sup>113</sup>. Der neuerdings von SCHULTZ vorgetragene Wunsch, weitere bundesgerichtliche Urteile möchten klarstellen, dass die Möglichkeit, die Anrechnung der Untersuchungshaft zu verwirken, nicht zu einem unstatthaften Zwang, auf das Einlegen eines Rechtsmittels zu verzichten, werden dürfe<sup>114</sup>, ist deshalb bei restriktiver Auslegung des Begriffs der Trölerei nach dem heutigen Rechtszustand bereits verwirklicht.

Art. 375 Abs. 2 StGB findet sinngemäss nur Anwendung, wenn der Verurteilte bereits bis zum erstinstanzlichen Urteil in Haft war. Befindet sich der Betreffende in Freiheit und setzt er während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens einen Haftgrund, dann ist dieser Freiheitsentzug nur nach Massgabe des Art. 69 StGB anzurechnen.

### 3. Abschnitt

#### Die Durchführung der Anrechnung

##### § 1 Die Berechnung der anrechenbaren Untersuchungshaft

###### I. Das Mass der Anrechnung

Art. 69 StGB steht bezüglich der Freiheitsstrafen auf dem Boden der obligatorischen Anrechnung. Damit ist jedoch noch nicht das Mass der Anrechnung bestimmt. Eine Reihe früherer kantonaler Strafgesetze sah ebenfalls die obligatorische Anrechnung der Untersuchungshaft vor und überliess das Mass der Anrechnung dem Richter<sup>1</sup>. THORMANN-OVERBECK traten dafür ein, dass auch unter der Herrschaft des Art. 69 StGB dem Richter eine gewisse Freiheit zukommen solle beim Entscheid, ob er die Untersuchungshaft ganz oder teilweise anrechnen wolle und ob ein Zeitabschnitt der Untersuchungshaft einem solchen der Zuchthaus-, Gefängnis- oder Haftstrafe gleichzustellen sei<sup>2</sup>. ENDERLI, der einen Anrechnungsmassstab in Art. 69 StGB vermisste und die These des richterlichen Ermessens verwarf, gelangte gestützt auf frühere kantonale Strafumwandlungsbestimmungen zum Ergebnis, die Untersuchungshaft sei an die Gefängnisstrafe im Verhältnis 1:1, an die Zuchthausstrafe dagegen im Verhältnis 2:1 anzurechnen<sup>3</sup>.

Nach der heute vorherrschenden Ansicht regelt Art. 69 StGB stillschweigend auch das Mass der Anrechnung: 1 Tag Untersuchungshaft entspricht danach 1 Tag Strafhaft, gleichgültig, um welche Strafart es sich handelt<sup>4</sup>.

In der Praxis wird heute die numerische Gleichsetzung von Untersuchungshaft und Strafhaft als dermassen selbstverständlich vorausgesetzt, dass bereits die Existenz einer gegenteiligen Ansicht überrascht.

###### II. Die Berechnung bei Bruchteilen eines Tages

In der Mehrzahl der Fälle werden bei der Berechnung der

effektiven Dauer der Untersuchungshaft nach Tagen noch einige Reststunden übrig bleiben. Recht häufig sind auch Inhaftierungen, welche keinen ganzen Tag dauern<sup>5</sup>.

Da nach der Praxis der Strafvollzugsbehörden der Verurteilte bei einer in Tagen ausgesprochenen Freiheitsstrafe zur gleichen Tageszeit entlassen wird, zu welcher er die Strafe angetreten hat<sup>6</sup>, wäre auch die stundenweise Anrechnung der Untersuchungshaft an sich ohne grossen administrativen Mehraufwand möglich.

Nach einem unangefochten gebliebenen Entscheid des Zürcher Obergerichts aus dem Jahre 1944<sup>7</sup> ist die Berechnung nach Stunden abzulehnen. Nach Art. 110 Ziff. 6 StGB sind Tag, Monat und Jahr die einzigen Zeiteinheiten, die das Strafgesetzbuch kennt; es wird weder mit Stunden noch mit Wochen gerechnet<sup>8</sup>. Ein angebrochener Tag gilt daher als ganzer. Dies gilt jedoch nur, wie das Kassationsgericht Neuenburg zutreffend feststellte, wenn die Haft mehr als 24 Stunden gedauert hat<sup>9</sup>. Wird beispielsweise ein Beschuldigter um 22 Uhr festgenommen und am folgenden Tag um 11 Uhr entlassen, so sind ihm nicht zwei Tage, sondern nur ein Tag Untersuchungshaft anzurechnen. Erfolgt dagegen die Entlassung erst um 23 Uhr, stehen zwei Tage zur Anrechnung. Das letzte Beispiel zeigt, dass die Zählweise nach den in der Haft verbrachten Nächten, wie sie bisweilen von Gerichten unterer Instanz praktiziert wird, den Anspruch des Verurteilten auf Haftanrechnung um einen Tag verkürzen kann, weshalb sie abzulehnen ist. Während Monat und Jahr kalendermässig berechnet werden<sup>10</sup>, ist der Tag mit 24 Stunden einzusetzen.

Die Regel, wonach der angebrochene Hafttag voll anzurechnen ist, darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass sowohl der Tag der Inhaftnahme als auch der Entlassungstag in jedem Fall als ganzer Hafttag zu zählen wären. Wenn die an diesen beiden Tagen erstandene Untersuchungshaft weniger als 24 Stunden oder gerade so viel ausmacht, zählen der Tag der Inhaftnahme und der Entlassungstag zusammen als ein Tag.

Beispiel: Der Beschuldigte war vom 22. Oktober, 17.25 Uhr, bis zum 27. Oktober, 9.45 Uhr, in Haft. Effektiv betrug die Dauer des Freiheitsentzugs 4 Tage und ca. 16 Stunden. Anzurechnen sind dem Verurteilten 5 Tage Untersuchungshaft.<sup>11</sup>

Zu beachten ist schliesslich, dass bei der Berechnung der Dauer der Untersuchungshaft die Minimaldauer des Freiheitsentzugs von drei Stunden, die diesen erst zur Haft stempelt<sup>12</sup>, nicht abzuziehen ist. Die Minimaldauer hat lediglich die Funktion, eine bloss vorübergehende und nicht schwerwiegende Einschränkung der Bewegungsfreiheit von der Anrechnung auszuschliessen.

## § 2      Die Anrechnung bei freiheitsentziehenden Massnahmen

### I.      Allgemeines

Das Strafgesetzbuch kennt an freiheitsentziehenden sichern- oder bessernden Massnahmen die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern (Art. 42 StGB), die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt oder die Verwahrung geistig Abnormer (Art. 43 StGB), die Behandlung von Trunk- und Rauschgiftsüchtigen in einer entsprechenden Anstalt (Art. 44 StGB), sowie bei jungen Erwachsenen die Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt (Art. 100 bis StGB). Diese Massnahmen sind darauf gerichtet, die in der Person des Täters liegende aussergewöhnlich hohe Rückfallsgefahr zu bekämpfen, wie sie sich aus einem bei ihr festgestellten abnormen Zustand ergibt. Weil nicht im voraus beurteilt werden kann, wie lange diese Gefahr anhalten wird, sind diese Massnahmen - anders als die Strafe - stets auf unbestimmte Zeit angelegt und durch einen besonderen späteren Rechtsakt wieder aufzugeben<sup>13</sup>. Schon rein rechnerisch kann daher die Untersuchungshaft nicht an eine auf unbestimmte Zeit ausgesprochene freiheitsentziehende Massnahme angerechnet werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die erstandene Untersuchungshaft bei der Berechnung der Mindest- oder Höchstfristen, welche die Dauer einiger dieser Massnahmen begrenzen, berücksichtigt werden kann. Eine Anrechnung an die Minimaldauer einer Massnahme lässt sich un-

ter Umständen deshalb vertreten, weil bei deren Ablauf eine Entlassung aus dem Vollzug nicht zu erfolgen braucht, sofern die Massnahme ihren Zweck noch nicht erreicht hat.

## II. Die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern

Hat der Täter schon zahlreiche Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich verübt und wurde ihm deswegen durch Zuchthaus- oder Gefängnisstrafen oder eine Arbeitserziehungsmassnahme die Freiheit während insgesamt mindestens zwei Jahren entzogen, oder war er an Stelle des Vollzugs von Freiheitsstrafen bereits als Gewohnheitsverbrecher verwahrt, und begeht er innert fünf Jahren seit der endgültigen Entlassung ein neues vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen, das seinen Hang zu Verbrechen oder Vergehen bekundet, so kann der Richter an Stelle des Vollzuges einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe Verwahrung anordnen (Art. 42 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Oggleich die Verwahrung den Strafvollzug ersetzt<sup>14</sup>, hat der Richter zusätzlich eine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe auszufüllen<sup>15</sup>. Die Höhe der Strafe ist für die Bestimmung der Minstdauer der Verwahrung von Bedeutung. Bei der Gesetzesrevision von 1971 wurde die Streitfrage, ob auf die Minstdauer der Verwahrung die erstandene Untersuchungshaft in Abzug zu bringen sei, in bejahendem Sinne gelöst. Art. 42 Ziff. 4 Abs. 1 rev. StGB bestimmt: "Der Verwahrte bleibt mindestens bis zum Ablauf von zwei Dritteln der Strafdauer und wenigstens drei Jahre in der Anstalt. Die vom Richter nach Art. 69 auf die Strafe angerechnete Untersuchungshaft ist dabei zu berücksichtigen." Diese Regelung gilt nicht nur, wie man aus dem französischen Gesetzestext allenfalls schliessen könnte<sup>16</sup>, für die nach der Strafdauer zu berechnende Frist, sondern auch für die Minimalfrist von drei Jahren<sup>17</sup>.

Die revidierte Bestimmung regelt nunmehr auch die Kompetenzfrage ausdrücklich. Der Richter hat danach über die Anrechnung der Untersuchungshaft an die neben dem Verwahrungsbeschluss auszufällende Strafe zu befinden; Sache der

Vollzugsbehörden ist es dann, den Anrechnungsentscheid bei der Berechnung der minimalen Verwahrungsdauer zu berücksichtigen<sup>18</sup>. Der Umstand, dass die Strafe bereits durch die Anrechnung der Untersuchungshaft getilgt ist, hindert die Verwahrung nicht<sup>19</sup>.

Die anlässlich der Revision von 1971 getroffene Regelung, die Untersuchungshaft bei der Mindestdauer der Verwahrung zu berücksichtigen, wurde vom Bundesrat in seiner Botschaft an die eidgenössischen Räte wie folgt begründet:

"Es haben sich in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten und Unbilligkeiten ergeben. So liegt in vielen Fällen eine lange Untersuchungshaft vor, während welcher die durch die Verwahrung geforderte Sicherung ebenfalls gewährleistet ist. In einigen Kantonen kann ein vorzeitiger Straf- oder Verwahrungsantritt angeordnet werden, in andern dagegen nicht, weil diese Kantone keine Verwahrungsanstalt besitzen oder wegen der Entfernung zum Gerichtsort eine Einweisung in eine solche (insbesondere ausserkantonale) nicht in Frage kommt. Im ersteren Fall ist eine Anrechnung von vornherein vorzunehmen, im letzteren Fall ist dies nur möglich, wenn die Untersuchungshaft als solche anrechenbar erklärt wird. In andern Fällen wieder ergeben sich nach dem Urteil gewisse Wartezeiten, bis die prozessualen Fristen abgelaufen sind oder bis die Einweisung in die passende Verwahrungsanstalt vollzogen werden kann. Eine verschiedene Behandlung dieser Fälle ist nicht gerechtfertigt. Es muss als stossend empfunden werden, wenn solche Zufälligkeiten zu verschiedenen langen Verwahrungen führen."<sup>20</sup>

Der Bundesrat übernahm die Argumente, welche schon unter dem früheren Rechtszustand für die Berücksichtigung der Untersuchungshaft bei der Minimalfrist der Verwahrung vom Bundesgericht<sup>21</sup> und einem Teil der Literatur<sup>22</sup> ins Feld geführt wurden und verwarf damit den mehr formalistisch-dogmatischen Standpunkt der Gegner<sup>23</sup>. Die heutige Fassung des Gesetzes hat allgemein Zustimmung gefunden<sup>24</sup>.

Art. 42 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verlangt als Voraussetzung für die Anordnung der Verwahrung unter anderem, dass dem Täter durch den Vollzug einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe während insgesamt mindestens zwei Jahren die Freiheit entzogen war. Diese Frist ist zu tief angesetzt, um

die Resistenz des Täters zu offenbaren. Schon aus diesem Grunde ist eine Mitberücksichtigung der Untersuchungshaft bezüglich dieser Frist nicht opportun<sup>25</sup>. Zudem erfolgt in der Untersuchungshaft keine erzieherische Beeinflussung.

### III. Freiheitsentziehende Massnahmen an geistig Abnormen

Erfordert der Geisteszustand des Täters, der eine vom Gesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohte Tat begangen hat, die damit im Zusammenhang steht, ärztliche Behandlung oder besondere Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt anordnen (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Gefährdet der Täter infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise, so wird vom Richter seine Verwahrung angeordnet, wenn diese Massnahme notwendig ist, um ihn vor weiterer Gefährdung anderer abzuhalten (Abs. 2 der zitierten Bestimmung).

Das Gesetz kennt keine bestimmte Mindest- oder Höchstdauer dieser Massnahme. Eine Anrechnung der Untersuchungshaft ist daher bei den Anstaltseinweisungen schon rein rechnerisch unmöglich. Soweit mit der Einweisung eine Behandlung des Täters verbunden ist, wäre sie auch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Untersuchungshaft wohl die Sicherungs-, nicht aber die Besserungsfunktion der Massnahme übernehmen kann.

Die Untersuchungshaft kann immerhin bei der Strafe, deren Vollzug während der Dauer der in Frage stehenden Massnahmen aufgeschoben ist (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 StGB), in Anschlag gebracht werden<sup>26</sup>. Das Urteil hat sich hierüber auszusprechen.

### IV. Die Behandlung Trunk- und Rauschgiftsüchtiger in einer entsprechenden Anstalt

Ist der Täter trunksüchtig und steht die von ihm begangen-

gene Tat damit im Zusammenhang, so kann der Richter gemäss Art. 44 StGB seine Einweisung in eine Trinkerheilanstalt oder, wenn nötig, in eine andere Heilanstalt anordnen, um die Gefahr künftiger Verbrechen oder Vergehen zu verhindern. Gleiches gilt sinngemäss für Rauschgiftsüchtige. Das Gesetz kennt keine Mindestbegrenzung dieser Massnahme. Ziff. 4 Abs. 1 der genannten Bestimmung hält lediglich fest, dass die zuständige Behörde den Eingewiesenen, sofern sie ihn für geheilt betrachtet, aus der Anstalt zu entlassen habe. Demgegenüber ist die Dauer der Massnahme auf zwei Jahre beschränkt (Art. 44 Ziff. 3 Abs. 1)<sup>27</sup>.

Die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Zweijahresfrist verbietet sich wegen des unterschiedlichen Zweckes von Untersuchungshaft und Anstaltseinweisung. Die Behandlung Trunk- und Rauschgiftsüchtiger ist eine Heilbehandlung, welche nicht durch den Vollzug der Untersuchungshaft ersetzt werden kann<sup>28</sup>. Durch die Anrechnung längerer Untersuchungshaft an die Maximaldauer der Massnahme könnte diese ihren Zweck unter Umständen nicht mehr erfüllen.

Die Untersuchungshaft lässt sich dagegen ohne weiteres auf die vom Richter zugleich mit dem Beschluss über die Anstaltseinweisung auszufällende Strafe anrechnen<sup>29</sup>.

#### V. Die Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt

Gemäss Art. 100 bis StGB kann ein 18 - 25 Jahre alter Täter, der in seiner charakterlichen Entwicklung erheblich gestört oder gefährdet oder der verwahrlost, liederlich oder arbeitsscheu ist, in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen werden, sofern seine Tat damit im Zusammenhang steht und anzunehmen ist, durch diese Massnahme lasse sich die Gefahr künftiger Verbrechen oder Vergehen verhüten. Die Mindestdauer der Massnahme beträgt ein Jahr (Art. 100 ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB), die Höchstdauer vier Jahre (Abs. 4 der gleichen Bestimmung). Ist die erstandene Untersuchungshaft bei der Berechnung dieser Fristen zu berücksichtigen?

Das Gesetz schweigt zu dieser Frage. Dieser Umstand wurde von ZIRILLI mit Recht kritisiert:

"Le législateur n' a-t-il pas voulu l'imputation ou a-t-il à nouveau créé une lacune de la loi au moment même où il en supprimait une autre?"<sup>20</sup>

Zirilli kommt zum Schluss, dass "leider" Grund zur Annahme bestehe, das Gesetz wolle die Anrechnung nicht, da die Frist von einem Jahr hierfür zu kurz sei, wenn man berücksichtige, dass diese Massnahme der beruflichen Ausbildung diene<sup>21</sup>. Aufgrund der nämlichen Ueberlegung sah der Revisionsentscheid des Bundesrates zu den Art. 100 ff. StGB im Gegensatz zu den Beschlüssen der Expertenkommission und später der eidgenössischen Räte keine gesetzliche Minimalfrist vor. Die Botschaft des Bundesrates hält hiezu fest:

"Da sich in der Praxis die Auffassung allgemein durchgesetzt hat, dass eine erfolgreiche Arbeitserziehung jedenfalls länger als ein Jahr zu dauern hat, kann sogar auf die Festsetzung einer Mindestdauer verzichtet werden."

Das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Mindest- bzw. Hochstdauer der Arbeitserziehungsmassnahme versagt, im wesentlichen mit der Begründung, dass die Untersuchungshaft nicht den Besserungszweck der Massnahme erfüllen könne<sup>22</sup>. Demgegenüber plädierte KURT für eine differenziertere Lösung. Er räumt zwar ein, dass der Zweck der Arbeitserziehung kaum wie bei der Sicherungsverwahrung bereits in der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft erfüllt werde. Doch fährt er fort:

"Würde dies aber ausnahmsweise doch zutreffen und die Erziehung zur Arbeit in wirksamer Weise in der Untersuchungs-, Sicherheits- oder vorgängigen Strafhaft erreicht, wäre auch hier nicht recht einzusehen, warum eine Anrechnung nicht erfolgen könnte. Die Entlassung soll grundsätzlich dann stattfinden, wenn der Zögling zur Arbeit fähig und willig ist."<sup>24</sup>

N.F. kann die Anrechnung der Untersuchungshaft nicht

nur an die Höchstdauer, sondern auch an die Mindestdauer der Arbeitserziehung in jedem Fall verantwortlich werden, ohne dass das Institut selbst seinem Zwecke entfremdet würde. Der Ablauf der Minimalfrist ist nur eine Vorbedingung zur Entlassung aus der Anstalt, die es erlaubt, auf die Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Entlassung - die Arbeitstüchtigkeit und -willigkeit, sowie die gute Prognose - einstweilen zu verzichten. Sind die Voraussetzungen der Entlassung ausnahmsweise vor Ablauf einer einjährigen Vollzugsfrist gegeben, dann kann die weitere Zurückbehaltung des Zöglings nur pönalen Charakter haben. In solchen Fällen rechtfertigt sich aber die Anrechnung der Untersuchungshaft.

Im übrigen darf man das Argument, die Arbeitserziehung sei eine Besserungsmassnahme, nicht überbewerten. Auch in der Strafanstalt wird schliesslich gearbeitet. Die Betreuung in der Arbeitserziehungsanstalt sollte individueller und intensiver sein als im Strafvollzug<sup>35</sup>; ob sie es in der Realität auch ist, steht dahin. Genau besehen muss man in der Arbeitserziehung ein erhebliches pönales Element erblicken. Zwar ist das Anliegen, durch Arbeit gute Menschen zu schaffen, ehrlich gemeint, doch die Wirksamkeit dieses Programms darf nicht überschätzt werden<sup>36</sup>.

Wenn die Untersuchungshaft an die Mindest- und Höchstdauer der Arbeitserziehung anzurechnen ist, dann stellt sich das schon unter dem alten Recht im Zusammenhang mit der Sicherungsverwahrung diskutierte Kompetenzproblem<sup>37</sup>. Ist der Richter oder sind die Vollzugsbehörden für die Anrechnung zuständig?

Die gleiche Kompetenzverteilung wie in Art. 42 StGB betreffend die Sicherungsverwahrung ist nicht möglich, da im Falle der Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt vom Richter keine Strafe auszufällen ist<sup>38</sup>. Nach Ansicht des Verfassers fällt der Entscheid über die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Mindest- und die Höchstdauer der Arbeitserziehung in die Zuständigkeit des Richters. Ihm wurde gemäss Art. 69 StGB primär der Sachentscheid

zugewiesen, ob und in welchem Umfang die Untersuchungshaft an die Strafe anzurechnen ist. Die Kompetenz der Strafvollzugsbehörden ist gemäss Art. 375 eine subsidiäre. Sie greift erst Platz, wenn eine bestimmte Haftzeit infolge Eintritts der Vollstreckbarkeit des Urteils vom Richter in seinem Entscheid nicht mehr berücksichtigt werden kann. Die Anrechnung an die Mindest- oder Höchstdauer einer Massnahme kann demgegenüber vom Richter im Urteil ohne weiteres vorgenommen werden.

### § 3      Besondere Fragen

#### I.      Die Anrechnung bei Bussen

##### 1.      Die Auslegung der Kann-Vorschrift

Während die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Freiheitsstrafen - liegen keine Versagungsgründe vor - zwingend vorgeschrieben ist, kann der Richter, lautet das Urteil nur auf Busse, die Dauer der Untersuchungshaft in angemessener Weise berücksichtigen (Art. 69 StGB 2. Satz). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Anrechnung der Untersuchungshaft somit lediglich fakultativ. Man tut jedoch gut daran, das Gesetz in diesem Fall nicht beim Wort zu nehmen. Der Art. 69 StGB zugrunde liegende Gedanke, dass eine erstandene Untersuchungshaft grundsätzlich entschädigt werden soll, sofern den Betroffenen kein Verschulden trifft, fordert die obligatorische Anrechnung der Untersuchungshaft auch bei Bussen. Die Umdeutung von Kann-Vorschriften in Sollens-Vorschriften ist im übrigen eine Erscheinung, welche ganz allgemein im Recht zu beobachten ist<sup>39</sup>. Das vom Gesetzgeber dem Richter eingeräumte Ermessen wird in der Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit möglichst objektiviert und eingeschränkt.

##### 2.      Das Mass der Anrechnung

Das Bedürfnis nach Objektivierung der richterlichen

Entscheidungsfindung liess verschiedene Autoren einen festen Massstab für die Anrechnung der Untersuchungshaft an Bussen fordern. Während THORMANN-OVERBECK darauf hinwiesen, dass das Gesetz keinen Wertungsmassstab festlege<sup>40</sup>, und HAFTER betonte, dem Richter komme "freies Ermessen im weitesten Umfang" zu<sup>41</sup>, regten CLERC<sup>42</sup> und SCHULTZ<sup>43</sup> an, die Strafumrechnungsregel von Art. 49 Ziff. 3 heranzuziehen, welche einen Tag Haft 30 Fr. Busse gleichstellt. Für eine zwingende analoge Anwendung dieser Umrechnungsnorm plädierte ENDERLI<sup>44</sup>.

Die Anwendung des Umrechnungstarifs des Art. 49 Ziff. 3 StGB erscheint ohne Zweifel gerechtfertigt. Während die Höhe der Busse sich unter anderem nach dem Einkommen und nach dem Vermögen des Täters bemisst (Art. 48 Ziff. 2 StGB), sollte nach dem Grundsatz der Rechtsgleichheit für die Entschädigung eines Tages Untersuchungshaft in Geld ein einheitlicher Massstab zur Anwendung kommen. Denn auch bei der Anrechnung der Untersuchungshaft an die Freiheitsstrafen wird nicht auf subjektive Faktoren Rücksicht genommen. Da nun das Gesetz für einen anderen Fall einen (naturgemäss willkürlichen) Umrechnungsfaktor festgesetzt hat, ist es sinnvoll, diesen auch bei der Anrechnung der Haft an die Busse anzuwenden.

## II. Untersuchungshaft und bedingte Strafe

### 1. Die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung

Der Untersuchungshaft kann auch die bedingte Freiheitsstrafe angerechnet werden<sup>45</sup>. Denn es besteht kein Grund, dass der bedingt Verurteilte im Falle des Widerrufs schlechter dastehen soll als einer, der zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt wurde<sup>46</sup>. Was aber, wenn die Strafe gänzlich durch die erstandene Untersuchungshaft getilgt ist?

In seinem Entscheid BGE 69 IV 152 erklärte das Bundesgericht, die Frage des bedingten Strafvollzugs stelle sich diesfalls gar nicht mehr, da die ausgesprochene Strafe



rechnung vor derjenigen des bedingten Strafvollzuges zu prüfen, so hat er dies nunmehr nach dem Entscheid über die Gewährung des bedingten Vollzuges zu tun<sup>49</sup>. Nach der ersten Konstruktion tritt die Wirkung der Anrechnung mit Rechtskraft des Urteils ein, nach der zweiten, nunmehr gültigen, erst mit dem Widerruf des bedingten Strafvollzuges<sup>50</sup>. Man soll den Wert solcher Hilfskonstruktionen nicht überschätzen. Sie sind letztlich an ihren praktischen Konsequenzen zu messen<sup>51</sup>.

### III. Untersuchungshaft im Verhältnis zum Rückfall sowie zu den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges

Art. 67 Ziff. 1 Abs. 1 StGB bestimmt: "Wird der Täter zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt und sind zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen, seit er eine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe ganz oder teilweise verbüsst hat, so erhöht der Richter die Dauer der Strafe, darf aber das Höchstmass der Strafart nicht überschreiten."

Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist der bedingte Strafvollzug ausgeschlossen, "wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Zuchthaus- oder eine Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten verbüsst hat."

Die Frage, ob die angerechnete Untersuchungshaft als Strafverbüsung im Sinne dieser Bestimmungen zu gelten habe, ist strittig. Die herrschende Lehre, welche das Problem zumeist unter dem Titel "Rückfall" abhandelt, bejaht die Frage<sup>52</sup>. Auch das Bundesgericht steht auf diesem Standpunkt:

"Die Anrechnung der Untersuchungshaft gemäss Art. 69 StGB bedeutet nach ständiger Rechtsprechung, dass die Strafe in dem Umfang, in dem die angerechnete Untersuchungshaft gedauert hat, als getilgt gilt und nur noch für den allenfalls nicht erstandenen Teil zu vollstrecken ist (BGE 68 IV 103; 69 IV

52/53, 152; 73 IV 10; 81 IV 211). Der angerechneten Untersuchungshaft wird mit anderen Worten die rechtliche Wirkung der Strafvollstreckung beigelegt. Insoweit ist die Untersuchungshaft einer verbüßten Strafe rechtlich gleichgestellt. In der Tat wird niemand im Ernst behaupten, dass derjenige, dem die Untersuchungshaft so angerechnet worden ist, dass nichts mehr zu vollstrecken ist, die Strafe nicht verbüßt habe. Vernünftigerweise kann nicht das Gegenteil gelten, wenn nach Anrechnung der Untersuchungshaft ein Teil der Strafe noch zu verbüßen bleibt. Die gesetzliche Bedeutung der Anrechnung der Untersuchungshaft bleibt die gleiche, auch wenn sie sich zum Nachteil des Verurteilten auswirkt. Daher muss notwendig Rückfall angenommen werden, falls er von der Vollstreckung des durch die Anrechnung der Untersuchungshaft nicht getilgten Strafteils die Voraussetzungen des Art. 67 StGB erfüllt (...)"<sup>53</sup>

Dem entgegenet SCHULTZ, die Untersuchungshaft der Strafhafte völlig gleichzustellen, sei bedenklich, weil es sich um einen aus prozessualen Gründen angeordneten Freiheitsentzug handle und der Täter noch nicht dem resozialisierenden Einfluss des Strafvollzuges unterworfen gewesen sei. Die Erfolglosigkeit dieser Einwirkung sei ja gerade der Grund strengerer Bestrafung<sup>54</sup>. Diese Ueberlegung gilt nach Schultz auch für die dreimonatige Strafverbüßungsfrist nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB<sup>55</sup>.

Nach Meinung des Verfassers ist die rechtliche Gleichstellung von Untersuchungshaft und Strafhafte eine juristische Fiktion und deshalb als solche zu behandeln. Sie kann aufrechterhalten oder fallengelassen werden, je nachdem, ob sie zu sinnvollen Lösungen führt oder nicht. Man darf ihr nicht selbst erliegen. Zweck der Fiktion ist eine Begünstigung des Täters. Es geht daher nicht an, die Untersuchungshaft in Bereichen, wo die Anrechnung einen Nachteil für den Täter mit sich brächte, als Strafverbüßung zu deklarieren. Die Untersuchungshaft gilt grundsätzlich nur mit Bezug auf die Anrechnungsfrage als Strafverbüßung. Daher ist sie beim Rückfall und bei den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges nicht zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, als die Untersuchungshaft

nicht per se der verbüssten Strafe gleichgestellt ist; ihre Gleichstellung ist vielmehr vom Verhalten des Beschuldigten und einem richterlichen Entscheid abhängig. Die herrschende Lehre muss daher im Einzelfall zu subtilen Unterscheidungen greifen, um den Zeitpunkt zu bestimmen, wann der Untersuchungshaft die Bedeutung eines Strafvollzugs zukommt: Wird ein Täter rückfällig, bevor der bedingte Strafvollzug widerrufen wird, dann verneint die Praxis Rückfall. Denn, so wird argumentiert, das Urteil ordne den Strafvollzug nur bedingt, und zwar aufschiebend bedingt, an. Mit dem Widerruf des bedingten Strafvollzugs könne die erlittene Untersuchungshaft als vollzogene Strafe gelten und Rückfall begründen<sup>56</sup>. Massgebend für die Frage, ob Strafvollzug vorliegt, ist somit der fiktive Zeitpunkt eines richterlichen Entscheids und nicht - wie man zumindest annehmen müsste<sup>57</sup> - die Zeit der tatsächlichen Haftverbüssung; dies im Gegensatz zum vorzeitigen Strafantritt<sup>58</sup>.

Das Argument von Schultz, das Gesetz verlange, dass der Täter dem resozialisierenden Einfluss des effektiven Strafvollzuges ausgesetzt gewesen sei, sticht nicht mit Bezug auf den Rückfall. Denn das Gesetz lässt auch den Vollzug kurzer Freiheitsstrafen und jeden kurzen Teilvervollzug (etwa, wenn der Täter nach drei Tagen dem Strafvollzug entwich) als Rückfallsvoraussetzung gelten<sup>59</sup>.

#### IV. Untersuchungshaft und bedingte Entlassung aus der Strafanstalt

Gemäss Art. 38 Ziff. 1 StGB kann der zu Zuchthaus oder Gefängnis Verurteilte nach Verbüssung von zwei Dritteln der ausgefallten Freiheitsstrafe bedingt entlassen werden, sofern die Voraussetzungen hiezu gegeben sind. Die Frist für den zu einer lebenslänglichen Zuchthausstrafe Verurteilten beträgt 15 Jahre. Ist bei der Berechnung der Zwei-Drittel-Frist bzw. der Frist von 15 Jahren die Untersuchungshaft zu berücksichtigen?

Die herrschende Lehre<sup>60</sup> und die Praxis des Bundesrates als oberster Aufsichtsbehörde über den Strafvollzug<sup>61</sup> gehen dahin, die angerechnete Untersuchungshaft als Strafverbüßung gelten zu lassen. Mit Bezug auf die nach Bruchteilen zu berechnende Frist heisst dies konkret, dass die zwei Drittel von der im Urteil festgesetzten Strafe vor Abzug der Untersuchungshaft zu berechnen sind.

Der bundesrätlichen Praxis liegt die Ueberlegung zugrunde, dass der Besserungszweck der Strafe nicht erfordere, dass sich der tatsächlich Gebesserte effektiv während zwei Dritteln der ausgefallten Strafdauer im Strafvollzug befunden hat:

"Die 2/3-Frist ist nicht als minimale Besserungszeit und damit als eine Vollzugsstufe anzusehen, die erst in der Strafanstalt durchgeführt werden kann, sondern sie stellt eine minimale Zeit der Sühne dar, die neben dem Besserungsgedanken die Strafe noch beherrscht. Zweifellos besitzt schon die Untersuchungshaft ihren Einfluss auf die Sühnezeit; andernfalls hätte es keinen Sinn, sie auf die Strafe anzurechnen. Demnach ist die 2/3-Frist von der ungekürzten Strafe mit Einschluss der angerechneten Untersuchungshaft zu berechnen.

Anderseits ist aber zu betonen, dass die bedingte Entlassung nicht ausschliesslich von der 2/3-Frist abhängig ist, sondern insbesondere auch vom Zustand der Besserung des Verurteilten. Dieser Zustand muss sich aus dem Verhalten des letzteren in der Anstalt ergeben und die Erwartung rechtfertigen, dass er sich auch in der Freiheit wohlverhalten werde. Ob und wann die bedingte Entlassung zu gewähren sei, lässt sich somit nur aus den Umständen des Einzelfalles beurteilen."<sup>62</sup>

Die Gleichsetzung von Untersuchungshaft und Strafverbüßung bezüglich der für die bedingte Entlassung zu beachtenden Fristen entspricht im weiteren der Ratio von Art. 69 StGB. Der Verurteilte soll durch Verkürzung der effektiven Strafzeit entschädigt werden. Es ist daher kein Widerspruch, wenn gefordert wird, dass die Untersuchungshaft in den Fällen von Art. 67 (Rückfall) und Art. 41 StGB (Gewährung des bedingten Strafvollzugs) nicht als Strafvollzug gelten soll, wohl aber bezüglich der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug.

Voraussetzung für die Anrechnung der Untersuchungshaft ist, dass diese zum Strafverfahren, in welchem das Urteil erfolgt, in einer gewissen, näher zu bestimmenden, Beziehung steht. Es sind grundsätzlich drei Fälle zu unterscheiden:

Wird der Täter aufgrund der Tat verurteilt, derentwegen er in Untersuchungshaft genommen wurde, dann besteht das engste Verhältnis zwischen Tat und Untersuchungshaft. Der Freiheitsentzug ist in allen diesen Fällen anrechnungsfähig<sup>63</sup>. Dieselbe Identität von beurteilter Tat und Untersuchungshaft liegt vor, wenn wegen der gleichen Straftat verschiedene Untersuchungen nacheinander erfolgen, weil z.B. das erste Verfahren eingestellt, dann aber aufgrund neuen Beweismaterials wieder aufgenommen wurde<sup>64</sup>.

Anzurechnen ist dem Täter seine Untersuchungshaft auch, wenn er wegen mehrerer Taten in Haft genommen, jedoch nur wegen einer dieser Taten verurteilt wird<sup>65</sup>. Gleichgültig ist, ob die Tat der Verurteilung im Haftbefehl aufgeführt war<sup>66</sup>.

Umstritten ist die Frage jedoch dann, wenn die Tat bzw. die Taten, die zur Untersuchungshaft geführt haben, Gegenstand des Verfahrens gewesen, jedoch beispielsweise durch Verfahrenseinstellung, Verjährung oder durch Freispruch aus dem Verfahren ausgeschieden worden sind. Das Bundesgericht verneint diesfalls eine Anrechnungsmöglichkeit. Es äussert, dem Beschuldigten stehe allenfalls eine Entschädigung in Geld zu<sup>67</sup>. Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde in der Literatur verschiedentlich angegriffen<sup>68</sup>. WAIBLINGER machte insbesondere geltend, diese Praxis möge wohl begründbar sein, doch sei sie lebensfremd. Für den Beschuldigten bleibe die Tatsache bestehen, dass er während einer gewissen Zeit in Haft gewesen sei. Es sei nicht restlos verständlich, weshalb dieser tatsächlich erfolgte Freiheitsentzug - wenn er, wie Art. 69 StGB dies voraussetze, nicht vom Beschuldig-

ten selbst herbeigeführt worden sei - nicht die repräsentative Funktion der Strafe zu übernehmen vermöchte, wie wenn die Haft infolge der Tat, derentwegen die Verurteilung erfolgt sei, ausgestanden worden wäre<sup>69</sup>. Auch DUBS attestierte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung logische Folgerichtigkeit, wendete jedoch zusätzlich ein, die restriktive Praxis bei der Entschädigungsfrage führe dazu, dass dem Verurteilten die Haft in solchen Fällen weder angerechnet noch entschädigt werde<sup>70</sup>.

Die genannte Streitfrage dreht sich einzig um die Form der Entschädigung. Unbestritten ist, dass unverschuldete Untersuchungshaft in jedem Fall zu entschädigen ist, sei es durch Anrechnung, sei es in Geld. M.E. kommt dabei Art. 69 StGB die Priorität zu. Die Untersuchungshaft ist immer dann an die Strafe anzurechnen, wenn die Tat, die zur Untersuchungshaft geführt hat, Gegenstand des zum Abschluss kommenden gerichtlichen Verfahrens gewesen ist (Grundsatz der Verfahrenseinheit)<sup>71</sup>. Dieser Grundsatz der Verfahrenseinheit wird auch nicht verletzt, wenn die Straftat während der Untersuchungshaft oder nach der Haftentlassung begangen wird<sup>72</sup>. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb ein äusserer Anlass für die Frage der Anrechenbarkeit der Untersuchungshaft an die Strafe bestimmend sein soll. Untersuchungs- und Strafhaft sind ihrem Wesen nach zwar verschieden, sind sich untereinander aber immer noch näher als der Entschädigung in Geld.

## Exkurs

### 1. Die Anrechnung der Untersuchungshaft nach dem deutschen Recht

Art. 51 Abs. 1 des deutschen Strafgesetzbuches lautet in der Fassung vom 25. Juni 1969:

"Hat der Verurteilte aus Anlass einer Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist oder gewesen ist, Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung erlitten, so wird sie auf zeitige Freiheitsstrafe und auf Geldstrafe angerechnet. Das Gericht kann jedoch anordnen, dass die Anrechnung ganz oder zum Teil unterbleibt, wenn sie im Hinblick auf das Verhalten des Verurteilten nach der Tat nicht gerechtfertigt ist."

Bis zum ersten Strafrechtsgesetz war die Anrechnung der Untersuchungshaft ins Ermessen des Richters gestellt. Indessen führten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze dazu, dass die Anrechnung der Untersuchungshaft in der Praxis zur Regel und ihre Versagung zur Ausnahme wurde<sup>73</sup>. Nach herrschender Lehre tritt bei Anwendung des nunmehr revidierten Gesetzes die Anrechnung von Gesetzes wegen ein, nur die Nichtanrechnung ist vom Richter im Urteil anzuordnen<sup>74</sup>.

Da das Gesetz neu ausdrücklich die "andere Freiheitsentziehung" erwähnt, ist der Begriff der Untersuchungshaft enger als unter dem früheren Rechtszustand zu fassen. Er entspricht dem Begriff der Untersuchungshaft im Sinne der Strafprozessordnung (§§ 112 ff. StPO). Demgegenüber wird der Begriff der "anderen Freiheitsentziehung" von der Praxis weit gefasst. Nach ihr fallen darunter die einstweilige Unterbringung zur Beobachtung des Geisteszustandes nach § 81 StPO und als vorsorgliche Massnahme nach § 126 a StPO ebenso wie die Internierung nach den Unterbringungsgesetzen der Länder, die Polizeihaft, die Auslieferungshaft, die zwangsweise erfolgte Vorführung zur Untersuchung und gar die militärische Arreststrafe<sup>75</sup>.

Nach dem Grundsatz der Verfahrenseinheit genügt es

für die Haftanrechnung bereits, dass die haftveranlassende Tat Gegenstand des Verfahrens gewesen ist, doch wird verlangt, dass die Tat zum Zeitpunkt der Haftanordnung schon begangen war<sup>76</sup>.

Bezüglich der massgebenden Versagungsgründe besteht in der Literatur keine völlige Uebereinstimmung. Nach TROENLE soll die Untersuchungshaft dann nicht angerechnet werden, wenn der Angeklagte ein Verhalten an den Tag legt, das nicht der Verteidigung dient, sondern erkennbar darauf abzielt, die Haft zu verlängern<sup>77</sup>. Das Schaffen eines Haftgrundes soll nach DREHER keinen Versagungsgrund darstellen<sup>78</sup>. Demgegenüber vertreten SCHOENKE-SCHROEDER die Auffassung, die absichtliche Provozierung der Untersuchungshaft müsse zur Nichtanrechnung des Freiheitsentzugs führen<sup>79</sup>. Als zusätzliche Versagungsgründe werden im Schrifttum erwähnt: das hartnäckige Leugnen<sup>80</sup>, sowie Fluchtversuche und Fluchtvorbereitungen, sofern sie zur Verschleppung des Verfahrens geführt haben<sup>81</sup>. Abgelehnt wird die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft wegen Einreichens von Rechtsmitteln (auch bei verfahrensverlängernder Absicht<sup>82</sup>) und die Ablehnung notwendiger ärztlicher Betreuung<sup>83</sup>.

## 2. Die Anrechnung der Untersuchungshaft nach dem französischen Recht

Art. 24 Abs. 1 des französischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 6. August 1975 lautet:

"Quant il y a eu détention provisoire à quelque stade que ce soit de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine qu'a prononcée le jugement ou l'arrêt de condamnation ou, s'il y a lieu, de la durée totale de la peine à subir après confusion."

Das französische Recht hat die Anrechnung der Untersuchungshaft mit Gesetz vom 17. Juli 1970 zum Prinzip erhoben, ohne noch Ausnahmen zuzulassen. Einzige Voraussetzung ist, dass die Strafe eine Tat betrifft, derent-

wegen der Verurteilte in Haft genommen worden war<sup>84</sup>.

Die Untersuchungshaft beginnt mit dem Vollzug des "mandat d'arrêt"<sup>85</sup> oder "mandat de dépôt"<sup>86</sup>. Die Zeit, welche sich der Beschuldigte in Polizeihaft<sup>87</sup> befindet, gilt demgemäss nicht als Untersuchungshaft, ebensowenig wie die Vorführung aufgrund eines "mandat de comparution" oder "mandat d'amener", welche der Untersuchungsrichter erlässt<sup>88</sup>.



# 1. Kapitel

## Die Untersuchungshaft

### 1. Abschnitt

#### Begriff der Untersuchungshaft

- 1 Nächsthöherer Gattungsbegriff und begriffsbildender Unterschied.
- 2 Es ist nützlicher zu wissen, dass Europa, Asien, Afrika, Amerika, Australien und die Antarktis unter den Begriff "Erde" fallen, als eine entsprechende allgemein gehaltene Definition zu kennen. Im Zusammenhang mit solchen Aufzählungen spricht man von extensionalen Definitionen, vgl. z.B. Lewandowski 190 und 288.
- 3 Missverständlich Brühlmeier zu § 79 Aargauer StPO: "Begriff der Untersuchungshaft: Art. 110 Ziff. 7 StGB." Unklar auch Fähr 16.
- 4 Die beiden Ausdrücke in den romanischen Sprachen sind nicht mit der deutschsprachigen Bezeichnung "Präventivhaft" zu verwechseln: "... ,préventive' ne qualifie pas l'action propre à empêcher un événement de se produire, mais bien ce qui est applicable au prévu, c'est-à-dire à une personne qui doit répondre d'une accusation portée contre elle." Clerc, Initiation 171.
- 5 Vgl. § 53 StPO.
- 6 Détention préventive 154. Weniger präzise ist die Definition Sandmeyers: "... die auf staatliche Anordnung erfolgte Internierung von Personen gegen welche ein Strafanspruch geltend gemacht werden soll oder bereits geltend gemacht worden ist und von denen der Staat ein Zuwiderhandeln gegen seine Interessen befürchtet, aus strafprozessualen Gründen "(S. 1). Vgl. ferner Nussli 21: "Untersuchungshaft im technischen Sinne der Strafprozessordnungen ist die in einem öffentlichen Gefängnis vollzogene Verwahrung des Beschuldigten (BStrV Art. 48) vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zur Sicherung und Durchführung desselben und Erreichung seines Zweckes."
- 7 Dies gilt etwa für den Haftgrund der Fortsetzungsgefahr, bisweilen unter dem Titel "Untersuchungshaft" geregelt; vgl. Schwyz § 26 lit. c, Graubünden § 83 lit. c StPO. "... der Untersuchungszweck kann nur erfordern, dass der Beschuldigte zur Hauptverhandlung und zur Voll-

- streckung zur Stelle ist und dass die Beweismittel nicht angetastet werden", Dünnebier LR N 11 zu § 112 a StPO.
- 8 Clerc, détention avant jugement 398; Graven 191 f.; Zirilli 13; BGE 95 I 241, 102 IV 155.
  - 9 Fäh 16, u.a. mit Hinweis auf Hafter 355, dieser unter Bezugnahme auf Enderli 6ff.
  - 10 Clerc, Initiation 171.
  - 11 Fäh a.a.O.; Nussli, zit. Fussnote 6.
  - 12 Vgl. z.B. Zürich § 52 StPO.
  - 13 Vgl. hinten S. 14.
  - 14 Clerc, détention avant jugement 398; Noll, Strafprozessrecht 73.
  - 15 Sandmeyer 41, Anm. 1; vgl. auch Sem. Jud. 1975 S. 309, AOS 1970 S. 71.
  - 16 Dietrich 86.
  - 17 Vgl. vorn Fussnote 7. Diese terminologische Gleichsetzung wird mit Bezug auf die deutsche StPO kritisiert, vgl. Dünnebier LK N 12 zu § 112 a StPO.
  - 18 Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege 1955/56 Nr. 13.
  - 19 Vgl. zu Thurgau auch hinten S. 8.
  - 20 Stämpfli N 3 zu Art. 44 BStP. Die Bezeichnung "Sicherheitshaft" findet sich in der Überschrift zu den Art. 44-64 BStP.
  - 21 Waiblinger, Kommentar N 1 zu Art. 111, 185 f. ("Sicherheitshaft"); Trechsel, Revision 279 ("Sicherheitshaft").
  - 22 Im Kanton Zürich ist der Bezirksanwalt nur in bezirksgerichtlichen Fällen zugleich Untersuchungs- und Anklagebehörde. Im Verfahren geschworenengerichtlicher Zuständigkeit erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage (§ 37 StPO).
  - 23 Zürich § 52 StPO ("Sicherheitsverhaft"); Graubünden Art. 101 Abs. 2 StPO; vgl. auch Hauser, Lehrbuch 167.
  - 24 Im Zusammenhang mit Aargau § 67 Abs. 2 StPO, letzter Satzteil, spricht Vogt 74 von "eigentlicher Sicherheitshaft".

- 25 GVP 1963 Nr. 43 S. 101 zu Art. 183 Abs. 2 StP.
- 26 Decrusch 125 u. 127; Enderli 7.
- 27 Statt vieler: Sandmeyer 43; Huggenberger, Ermittlungsverfahren 53 ff.
- 28 Clerc, détention préventive 153.
- 29 Vgl. Zürich: Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2.12.1874, § 787/8; Schwyz: Gesetz über das Verfahren in Strafrechtsfällen im Kanton Schwyz vom 18.2.1908, § 81a.
- 30 Ueberschrift zu den Art. 65 ff. sowie Art. 72 StPO.
- 31 Art. 99 Abs. 4 StPO; AOS 1970 S. 69; Bohn 98 u. 111.
- 32 neben der Haft nach Abschluss der Untersuchung, vgl. vorn S.6.
- 33 § 67 StPO.
- 34 Art. 61 StPO.
- 35 Vgl. die vorstehend unter § 2 Ziff. 3 angeführte Literatur.
- 36 Jescheck/Krümpelmann 595.
- 37 S. 16.
- 38 Vgl. hinten S.48.
- 39 Vgl. Comtesse, Bundesstrafrecht 63a, 65a.
- 40 Stratenwerth 319, mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum.
- 41 Protokoll der II. Expertenkommission Bd. VIII 1915 S. 157 f.
- 42 Vgl. hinten S. 94.
- 43 BGE 85 IV 123.
- 44 Gemäss Zürich § 54 Abs. 2 StPO stellt die polizeiliche Zu- oder Vorführung des Angeschuldigten eine Verhaftung dar, vgl. ZR/53 Nr. 120 S. 268, Weisungen Ziff. 154. Nach § 157 Abs. 2 StPO ist der Aufenthalt in einer Irrenanstalt der Untersuchungshaft gleichgesetzt.
- 45 Vgl. vorn S.2.
- 46 Teil I: "Als Untersuchungshaft gilt jede in einem Strafverfahren verhängte Haft"; Teil II: "Untersuchungs- und Sicherheitshaft".

- 47 Thormann/Overbeck N 2 zu Art. 69 S. 226; Enderli 7; Hafter 355; Logoz N 1 zu Art. 69 S. 378; Nussli 20.
- 48 Thormann/Overbeck a.a.O.; Hafter a.a.O.
- 49 Logoz a.a.O.
- 50 Die fragliche Begriffsbestimmung bildete im VE, in der Fassung der II. Expertenkommission vom Oktober 1916, den zweiten Absatz zu Art. 69, desgleichen im Entwurf vom 23. Juli 1918 zu Art. 66 über die Anrechnung der Untersuchungshaft im Urteil. Vgl. auch Votum Zürcher vorn S.10 f.
- 51 Dies gilt insbesondere für die Haftgründe der Fortsetzungsgefahr, der öffentlichen Erregung und der Deliktsschwere. Vgl. hinten S.5.
- 52 Logoz N 1 zu Art. 69 S. 378.
- 53 Vgl. vorn S.6 ff.
- 54 Protokoll, Beilageband II, Art. 389, deutscher Text 125.
- 55 Vgl. vorn S.10 f.
- 56 Vgl. Protokoll der II. Expertenkommission, Beilageband II, Drittes Buch 22.
- 57 Thormann/Overbeck N 22 zu Art. 110 Ziff. 7 S. 285.
- 58 Hafter 265; Schwander, Strafgesetzbuch N 344 S. 167; Schultz, Einführung 26.
- 59 Dübi 74.
- 60 In der kantonal-zürcherischen Strafanstalt werden in beschränktem Masse auch Untersuchungs- und Sicherheits-häftlinge aufgenommen, vgl. § 3 der V über die kantonale Strafanstalt Regensdorf vom 12. Februar 1976, OS 45 S. 307. Zur Zeit der Untersuchungen von Binswanger/Brandenberger befanden sich dort - am 5. Juli 1974 - 24 Insassen.
- 61 Vgl. für Zürich § 1 der V über die Bezirksgefängnisse vom 19. April 1972, OS 44 S. 474.
- 62 Vgl. Trechsel, MRK 283.
- 63 Vgl. z.B. Zürich § 419 Abs. 2 StPO (Berufung), § 429 Abs. 1 StPO (Nichtigkeitsbeschwerde).
- 64 Zürich § 37 Abs. 3 StPO in geschworenengerichtlichen Fällen (vgl. jedoch Fussnote 74 ), Thurgau § 123 Abs. 3 StPO.

- 65 St. Gallen Art. 100 Abs. 1 StP.
- 66 Thurgau § 123 Abs. 3 StPO.
- 67 St. Gallen Art. 100 Abs. 1 StP, Obwalden Art. 69 Abs. 1 StPO.
- 68 Bern Art. 123 Abs. 1 StrV.
- 69 Bern Art. 123 Abs. 1 StrV, Obwalden Art. 69 Abs. 1 StPO, St.Gallen Art. 100 Abs. 1 StP.
- 70 Obwalden Art. 69 Abs. 1 StPO, St.Gallen Art. 100 Abs. 1 StP.
- 71 Bern Art. 123 Abs. 1 StrV. 71a Basel-Stadt § 271 Abs. 4 StPO.
- 72 Trechsel, MRK 284 S. 285. Art. 364 Abs. 2 StrV spricht dagegen nur vom verhafteten Angeschuldigten. Fähr 43 verlangt für St.Gallen die Erneuerung des Haftbefehls.
- 73 GVP 1962 Nr. 50 S. 133; Heim, JdT 1964 S. 42; Dubs, Anrechnung 183 f., 192.
- 74 Vgl. zu St.Gallen: Fähr 41. Im Kanton Zürich bestand bereits vor der durch Änderungsgesetz vom 30. Juni 1974 (in Kraft seit 1. April 1975) eingeführten Bestimmung von § 37 Abs. 3 StPO eine weitergehende Praxis, die mit gewissen Einschränkungen auch unter dem neuen Recht beibehalten wurde. Sie stützte und stützt sich auf § 3 der V über die kantonale Strafanstalt Regensdorf vom 12. Februar 1975, welche, wie die frühere vom 24. September 1964, die Aufnahme von Untersuchungs- und Sicherheitsgefangenen vorsieht, ferner auf ein entsprechendes Kreisschreiben der Justizdirektion vom 24. Januar 1974 und nunmehr auf eine Wegleitung der Staatsanwaltschaft vom 10. Februar 1976. Nach letzterer können mit Einwilligung des zuständigen Bezirks- oder Staatsanwalts Untersuchungs- bzw. Sicherheitsgefangene, die dies wünschen, in die Strafanstalt Regensdorf übertreten, wenn Anklage erhoben oder der Schlussbericht an die Staatsanwaltschaft geleitet worden ist und damit gerechnet werden muss, dass eine Strafe oder Massnahme ausgesprochen wird, die in der Strafanstalt Regensdorf zu vollziehen ist. Vgl. Kolloquium vom 20./21. Januar 1975 "Kleine StPO-Revision", Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich (Maschinenschrift) S. 36 f.
- 75 VEB 1948/50 Nr. 101 S. 221 f.
- 76 Schultz ZBJV 1962 (98) 108.
- 77 Vgl. hinten S. 129 ff.
- 78 Trechsel, MRK 285.

- 79 Vgl. vorn S. 11 f.
- 80 Abweichend z. Teil Trechsel a.a.O. 285, Fussnote 1100.
- 81 Vgl. GVP 1962 Nr. 50 S. 133; Fähr 40 f. zu Art. 100 Abs. 1 StP.
- 82 VEB 1948/50 Nr. 101 S. 222
- 83 Die Dauer der vorzeitig angetretenen Strafe darf, wie dies in den meisten Prozessordnungen für die Untersuchungshaft ausdrücklich festgehalten ist, die zu erwartende Freiheitsstrafe keinesfalls übersteigen. Vgl. hierzu die interessante Regelung von Bern Art. 123 Abs. 4 StrV, welche dem im vorzeitigen Strafvollzug Befindenden unter bestimmten Voraussetzungen das Recht einräumt, seine Entlassung zu verlangen, wenn nach drei Monaten noch kein Urteil ergangen ist.
- 84 Thormann/Overbeck N 1 zu Art. 40 S. 166; Logoz N 1a zu Art. 40 S. 226; VEB 1964 Nr. 88 S. 99.
- 85 Dies schliesst nicht aus, dass nach Gesetz oder Praxis das Vorliegen eines Haftgrundes zur Zeit des Beginns des vorzeitigen Strafvollzugs gefordert wird.
- 86 Insoweit ist es systemwidrig, wenn Fähr 43 für St. Gallen die Erneuerung des Haftbefehls verlangt.
- 87 Durch die Versetzung eines Untersuchungshäftlings in eine Strafanstalt wird die MRK nicht verletzt, da sie keine Garantien bezüglich Art und Weise des Haftvollzugs enthält, Trechsel, MRK 285.
- 88 Eine richterliche Kompetenz zur Haftanrechnung über den Zeitpunkt der Urteilseröffnung hinaus wurde verneint, Protokoll der II. Expertenkommission, Bd. IX, Votum Gautier, 48; vgl. im weiteren auch Schünke/Schröder N 2 zu § 51 StGB.
- 89 Sten. Bull. NR, Sonderausgabe 593.
- 90 Vgl. insbesondere Protokoll Bd. IX 47 ff. und 383. Als Abgrenzungskriterien standen zur Diskussion:
- a) die Rechtskraft des Urteils (Vorlage Redaktionskommission, Art. 389, Beilageband II, 125)
  - b) das letzte Urteil (Antrag Lang, Protokoll Bd. IX, 47)
  - c) das Urteil erster Instanz (Antrag Hafer, Protokoll Bd. IX a.a.O.).
- 91 Enderlin 8 und 14 erwähnt die Sicherheitshaft nach Art. 375 StGB nur kurz, ohne auf Abgrenzungsfragen einzugehen. Nussli 20 f. beschränkt sich auf die sinngemässe Wiederholung des Gesetzestextes. Eine Ausnahme bildet Zirilli 124 f.

- 92 Vgl. die von Zirilli a.a.O. genannten Beispiele und nachfolgend unter lit. d).
- 93 BGE 81 IV 21.
- 94 Leuch 19.
- 95 d.h. eine Beschränkung des Umfangs einer Berufung nach dem Willen der Prozesspartei, mit der Folge, dass das Gericht nur die gerügten Mängel prüfen und beheben kann.
- 96 So z.B. Bern Art. 305 Abs. 2, Art. 308 StrV, vgl. ZBJV 1961 (97) 311; Frank Rainer: Die Teilrechtskraft im Strafverfahren und ihre Problematik - Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des österreichischen, schweizerischen, italienischen und französischen Rechts. Diss Freiburg i.Br. 1966, S. 37 ff.
- 97 So z.B. Zürich ZR 52 (1953) Nr. 121 S. 202 = SJZ 49 (1953) 280 f.; Hery 144 ff.
- 98 BGE 81 IV 21.
- 99 Die Nichtigkeitsbeschwerde ist fast in allen Kantonen als Rechtsrügemittel ausgestaltet, das Rechtsmittelgericht ist an die Anträge der Parteien gebunden, vgl. Hauser, Nichtigkeitsbeschwerde 111 und 126.
- 100 Im Entwurf des Bundesrates (Art. 396 StGB), aus welchem die auf Antrag der vorberatenden Kommission des Nationalrats vereinfachte Fassung der Bestimmung entstammt, war dieser das Marginale "Anrechnung der Sicherheitshaft im Strafvollzug" beigegeben; vgl. Sten. Bull. NR, Sonderausgabe 593 f.
- 101 Vgl. BB1 1965 Bd. I 603.
- 102 ZR 1961 (60) Nr. 46 S. 76.
- 103 Dies gilt auch für ein irrtümlich an eine unzuständige Behörde fristgemäss eingereichtes Rechtsmittel, sofern damit nicht nach Gesetz die Frist gewahrt ist (vgl. Zürich § 194 GVG, im Gegensatz zu § 214 alt GVG, Sträuli/Messmer N 4 zu § 112 ZPO S. 208).
- 104 Zu beachten ist jedoch, dass die irrtümliche Bezeichnung eines Rechtsmittels nicht schadet; vgl. Zürich § 401 StPO; Bern Art. 298 Abs. 4 StrV; BGE 93 I 203 (Überspitzter Formalismus); Hauser, Lehrbuch 243 mit weiteren Hinweisen. Zu den Berufungsmöglichkeiten nach den einzelnen Prozessgesetzen, vgl. Hauser a.a.O. 248.
- 105 Die Frage, ob ein Formmangel verbesserlich ist oder nicht, wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich

beantwortet. Fehlende Unterschrift: verbesserlich: SJZ 1970 (66) Nr. 34 S. 74 (Zivilprozesse), mit Hinweis auf Luzern, Thurgau, Basel, Bern; nicht verbesserlich: BGE 86 III 3 zu Art. 30 Abs. 1 OG, Praxis 1976 (65) Nr. 206 S. 514. Fehlen der Vollmacht: verbesserlich: BGE 92 I 13. Fehlerhafte Begründung: verbesserlich: vgl. Art. 273 Abs. 2 BStP, Art. 30 Abs. 3 OG; nicht verbesserlich: Zürich: SJZ 1971 (67) Nr. 90 S. 195 (Kassationsbeschwerde); St.Gallen: GVP 1961 Nr. 44 S. 123.

- 106 Leuch 19.
- 107 Vgl. in diesem Zusammenhang Guldener Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht. 2.A. Zürich 1958 S. 500.
- 108 Vgl. den Fall BGE 81 IV 18 sowie JdT 1969 IV 27 (nachträgliches Gesuch um Durchführung des ordentlichen Verfahrens).
- 109 JdT 1966 III 45 ff., 1970 IV 93; Urteil Gonçalves, nicht publiziert (Zirilli 125).
- 110 a.a.O.
- 111 Vgl. BGE 102 IV 153.
- 112 Vgl. Graber 139 ff.; Kuhn 150; Studer 93 f.; Schürer 56.
- 113 Vgl. hinten S. 78.
- 114 Vgl. Neuenburg Art. 1 Abs. 1 CPP; Kern/Roxin 2 ff.
- 115 Kleinknecht/Janischowsky N 26 S. 8.
- 116 Vgl. § 112 Abs. 2 Ziff. 3 der deutschen StPO.
- 117 Uri § 16 lit 1., Wallis Art. 65 lit a StPO, BStP Art. 44 Ziff. 1.
- 118 Zürich § 49 Abs. 1 lit 1 StPO (Weisungen Ziff. 148 Abs. 3), Schwyz § 69 Abs. 2 StPO.
- 119 Vgl. z.B. Uri § 16 lit b, Wallis Art. 65 lit a StPO. Der fehlende Identitätsnachweis erscheint auch als selbständiger Haftgrund, Nachweise bei Schubarth 92.
- 120 Fehlender Wohnsitz in der Schweiz: z.B. Bern Art. 111 Abs. 3 StrV, Uri § 16 lit b StPO, BStP Art. 44 Ziff. 1. Fehlender Wohnsitz im Kanton: z.B. Zürich § 49 Abs. 1 lit b, Aargau Art. 33 lit b StPO.
- 121 Schubarth 101. Der Unterschied geht jedoch ohnehin in der allgemeinen Unschärfe der Haftvoraussetzungen unter.

- 122 Ueber die Ausgestaltung des Haftgrundes im einzelnen, vgl. Jescheck/Krümpelmann 619 ff. und Schubarth 105 ff. In der Zwischenzeit wurde die Fortsetzungshaft auch im Kanton Bern eingeführt, vgl. rev. Art. 111 Abs. 2 lit c StrV; im Kanton Zürich ist deren Einführung dem Vernehmen nach geplant, obgleich der Haftgrund verschiedentlich als überflüssig bezeichnet wird, vgl. Jescheck/Krümpelmann 622, Fussnote 131.
- 123 Zürich: Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926, § 74 Abs. 3 (2 Tage).
- 124 Vgl. Willfratt 60 f.; Vogt 73; Fäh 23; Schütz 147; Clerc, détention préventive 160 f. Kritisch demgegenüber Roxin ZStW 1970 S. 1125 f. Nach ihm besteht kein qualitativer Unterschied zwischen den für die Präventivhaft in Frage kommenden Wiederholungstätern und der grossen Zahl von Straftlassenen mit eindeutig ungünstiger Rückfallprognose. Den potenziellen Wiederholungstätern sei besser mit einem bereits im Ermittlungsverfahren zu bestellenden Bewährungshelfer beizukommen.
- 125 Vgl. Schubarth 107 ff. Der Verfasser kommt zum Schluss, dass die Fortsetzungshaft nur gerechtfertigt werden könne, wenn die zu befürchtenden Delikte schwer seien, wenn die Gefahr der weiteren Deliktbegehung durch das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts und durch das Weiterdelinquieren trotz Eröffnung der Strafuntersuchung manifest sei und wenn sich durch eine mildere Massnahme die Fortsetzungsgefahr nicht einschränken lasse (S. 117).
- 126 BGE 95 I 241, 102 IV 155. Auch die MRK sieht den Haftgrund der Fortsetzungsgefahr in Art. 5 Ziff. 1 lit c vor.
- 127 Meyer 94; BVGE 19 Nr. 39 S. 349 f.
- 128 Löwe-Rosenberg 22.A. Anm. 15 lit a zu § 112 mit unzutreffender Berufung auf BVGE a.a.O.
- 129 Vgl. BGE 102 IV 155.
- 130 Dietrich 61.
- 131 Clerc, détention préventive 161; Dietrich 59.
- 132 So z.B. die Kantone Zürich, Luzern, Obwalden, Schwyz, Basel-Stadt, St.Gallen, Aargau, Thurgau; vgl. Sandmeyer 47 f.
- 133 Vgl. Votum Zürcher vorn S. 10 f.
- 134 Vgl. vorn S. 6 ff.

- 135 Meyer 187.
- 136 Meyer 188.
- 137 Clerc, détention préventive 162.
- 138 Vgl. Verin S. 707 ff.
- 139 Meyer 190 f.; Clerc, détention préventive 162, procès pénal 99, détention avant jugement 400, Initiation 170.
- 140 Nachweise bei Schubarth 120 ff. und Jescheck/ Krümpelmann 622 f.
- 141 Jescheck/Krümpelmann 623.
- 142 Basel-Stadt § 53 Ziff. 5, Basel-Land § 25 Abs. 1 Ziff. 5 StPD. Die Notwendigkeit eines solchen Freiheitsentzuges ist nicht einzusehen, da durch einen ausreichenden Polizeischutz oder durch Versetzung an einen unbekannten Ort der Beschuldigte vor Repressalien bewahrt werden kann, vgl. Schubarth 123. Zur Verfassungswidrigkeit der Schutzhaft Hug-Beeli 221.
- 143 Vgl. Zürich § 55, Uri § 18 Abs. 1, Aargau § 68 StPD, BStP Art. 45; Schubarth 140.
- 144 Vgl. Luzern § 52, Schwyz § 71 Abs. 2, Basel-Stadt § 61 Abs. 1 StPD. Verschiedene Prozessordnungen verzichteten auf das Merkmal der Gefahr im Verzug; Nachweise bei Jescheck/Krümpelmann 648.
- 145 Vgl. z.B. Basel-Stadt § 61 StPD.
- 146 Vgl. z.B. Luzern § 52 StPD.
- 147 Art. 8 Abs. 3 KV.
- 148 Für Zürich: Bericht Frietzsche 70 ff.; Meyer 66 ff.; Schütz 56; Rieder 120 ff.; befürwortend Nägeli, insbes. 156 f.; für Schaffhausen: Noll, Gutachten 1 ff.; für die Westschweizer Kantone: Clerc, procès pénal 105. Zum gesamten Problemkreis vgl. auch Noll, Strafprozessrecht 20 f.; Hauser, Lehrbuch 191 f.; Henkel 303.
- 149 Vgl. z.B. Zürich § 23 StPD.
- 150 Weisungen Ziff. 81 und 172; Nussli 26; Zirilli 122.
- 151 Dem Verfasser ist aus eigener Anschauung bekannt, dass die 1. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich während längerer Zeit den Polizeiverhaft grundsätzlich nicht an die Strafe anrechnete.

- 152 Vgl. hinten S. 117 f.
- 153 ZR 1939 (38) Nr. 64 S. 141 f.
- 154 Baumgärtner 191; a.M. Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber N 1a zu § 51 S. 196.
- 155 Vgl. BGE 97 IV 160.
- 156 Vgl. z.B. Europäisches Uebereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen, Art. 16.
- 157 Hauser, Auslieferung 48.
- 158 Zürich: ZR 1963 (62) Nr. 109 S. 357; Waadt: JdT 1970 IV 93; Genf: Sem.jud. 1970 S. 204; Tessin: Rep. 1974 S. 219, (vgl. auch Schauble 102 f.); Graubünden: PKG 1970 Nr. 12 S. 44; Schwyz: vgl. Kuhn 149.
- 159 Schultz, Auslieferungsrecht 15 u. 190 (Anm. 153); Enderli 8 f.; Nussli 22 f.; Schwander, Strafgesetzbuch N 432 S. 236; Hafter 355 Anm. 6; Logoz N 3 b zu Art. 69 S. 381; Zirilli 125 f. (ohne Stellungnahme).
- 160 Protokoll der II. Expertenkommission, Drittes Buch, Beilageband II 22.
- 161 Antrag Lang, Protokoll der II. Expertenkommission Bd. VIII 157.
- 162 Vgl. insbes. Votum Gautier a.a.O. 158.
- 163 Abstimmung a.a.O. 160.
- 164 Vgl. vorn S.
- 165 Art. 396 des Entwurfes.
- 166 Vgl. Verhandlungen des NR, Sten. Bull., Sonderausgabe 592 u. 594.
- 167 Ebenso im Ergebnis SJZ 1970 (66) Nr. 3 S. 11.
- 168 BGE 102 I b 254.
- 169 Logoz N 4 zu Art. 69 S. 381; Votum Gautier, Protokoll der II. Expertenkommission Bd. I 395.
- 170 Baumann C. 267.
- 171 Vgl. RS 1943 Nr. 21; Nussli 26; Schwander, Strafgesetzbuch N 432 S. 236; Zirilli 128 f.
- 172 BGE 99 Ia 103.

- 173 Nussli 27.
- 174 MKG Bd. 4 Nr. 37; Nussli 27.
- 175 Demgegenüber rechnet die Praxis im Kanton Schwyz offenbar den Klinikaufenthalt zur Begutachtung nicht an die Strafe an, vgl. Kuhn 150.
- 176 Ebenso Waadt: JdT 1973 IV 128; Schwander, Strafgesetzbuch N 432 a S. 237 f.; ähnlich Enderli 10 f. Ohne Einschränkungen: Aargau AGVE 1944 Nr. 19 S. 68; Zürich: ZR 1953 (52) Nr. 116 S. 196; ebenso MKG Bd. 4 (1941-44) Nr. 29 S. 54, Bd. 6 (1951-57) Nr. 8 S. 12.
- 177 BGE a.a.O. 124.
- 178 Schultz ZBJV 1961 (97) 171 f., Einführung 83; Dubs, Anrechnung 184 f.
- 179 Vgl. hinten S. 75 ff.
- 180 Weisungen Ziff. 155 Abs. 3; Willfratt 80; Trechsel, MRK 333 mit weiteren Verweisen. Vgl. auch MKG Bd. 4 (1941-44) Nr. 29 S. 54.
- 181 Enderli 11 ff.; Nussli 23 ff.; Zirilli 127; beiläufig auch BGE 85 IV 122.
- 182 Jescheck/Krümpelmann 651.
- 183 Weisungen Ziff. 155 Abs. 7; vgl. auch für Bern: ZBJV 1963 (99) 110.
- 184 Bossart 4 f.; Hug-Beeli 189 f.; Botschaft (zit. Fussnote 185) 8 mit weiteren Literaturhinweisen.
- 185 Botschaft des Bundesrates über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) und den Rückzug des Vorbehaltes zu Art. 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BBl 1977 Bd. III 1 ff.
- 186 Vgl. Art. 284, 310 und 406 ZGB, bzw. 15 b BMG.
- 187 Jescheck/Krümpelmann 653.
- 188 ZBJV 1945 (81) S. 133; ZR 1957 (56) Nr. 57 S. 87; Dubs, Anrechnung 185; Zirilli 129 f. Dagegen rechnete das Thurgauer Obergericht im Rahmen von Art. 43 Ziff. 5. (heute Art. 100ter Ziff. 3) StGB die Zeit einer Administrativverwahrung an; vgl. Rechenschaftsbericht 1969 Nr. 13 S. 65.
- 189 Dubs, Anstaltsversorgung 4 f.; Botschaft (zit. Fussnote 185) 12.

- 190 So die Praxis in Deutschland bezüglich der Verwahrung nach den Unterbringungsgesetzen der Länder: "Unter den Begriff 'andere Freiheitsentziehung' fällt jede andere Freiheitsentziehung aus Anlass der Tat. Ob die Freiheit aufgrund von Bestimmungen der Strafprozessordnung entzogen wurde, ist unerheblich. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift geht es nicht an, danach zu unterscheiden, welche Behörde die Freiheitsentziehung angeordnet hat und in welchem Verfahren dies geschehen ist." BGH 2 StR, Beschluss vom 15.7.1970, nach Dallinger MDR 1971 S. 363.
- 191 Schütz 136 f.; Rieder 131; Huggenberger, Ermittlungsverfahren 111; Zindel 76.
- 192 Schütz a.a.O.; Zindel 77; Bischofberger 183.
- 193 Schmidt E. Vorbemerkungen zum 9. Abschnitt N 1 S. 267.
- 194 Schmidt E. a.a.O. N 2; Schütz 137.
- 195 Schütz 138; Bischofberger 183; Enderli 5.
- 196 Gillieron 36; Trechsel, MRK 186 f. mit weiteren Hinweisen.
- 197 Vgl. z.B. Zürich § 78 StPO.
- 198 Trechsel, MRK 180; Schütz 138.
- 199 Nachweise bei Jescheck/Krümpelmann 662, Fussnote 324.
- 200 Willfratt 3 u. 89; vgl. auch Zindel 76 und Kritik bei Schütz 138 ff.
- 201 Vgl. vorn S. 11.
- 202 BGE 85 IV 123.
- 203 So wohl auch Dubs, Anrechnung 183 u. 187, der von Internierung spricht.
- 204 Verfehlt daher die Argumentation Gillierons (JdT 1969 III 37), die UH nach Art. 69 StGB müsse mit dem Zeitpunkt der Behändigung des Beschuldigten beginnen, da dieser oftmals nicht sogleich in eine Haftanstalt überführt, sondern erst einmal polizeilich arrestiert werde.
- 205 § 51 des deutschen Strafgesetzbuches erwähnt neben der Untersuchungshaft den Begriff der "anderen Freiheitsentziehung". Hierzu wird auch die zwangsweise erfolgte Vorführung des Beschuldigten zu einer Untersuchungshandlung gezählt; vgl. Schönke/Schröder N 5 zu § 51; a.M. Lackner N 1a zu § 51.

- 206 Weisungen Ziff. 154 (betreffend Zu- und Vorführung).
- 207 Vgl. hinten S. 118.
- 208 Schütz 127.
- 209 Willfratt 28; Fäh 14; Meyer 82; Trechsel, MRK 336.
- 210 Clerc, Initiation 169.
- 211 Vgl. z.B. Uri Art. 78 Abs. 4 StPO, BStP Art. 39 Satz 2.
- 212 Clerc a.a.O.
- 213 Gefahr im Verzug liegt vor, wenn damit gerechnet werden muss, dass die mit der einfachen Vorladung gegebene Frist zu Kollisionshandlungen missbraucht werde, vgl. Fäh 15; Meyer 83 ff., insbesondere 85; Hauser, Lehrbuch 103.
- 214 Vgl. § 133 StPO.
- 215 Weisungen Ziff. 154.
- 216 Willfratt 29 f.; BGE vom 5. Dezember 1973 i.S. F.Sch., auszugsweise abgedruckt in Kartothek zu §§ 25, 26, 133 u. 150. Für eine polizeiliche Vorführungskompetenz: Willfratt 31 ff.; Schütz 126; a.M. Bischofberger 195.
- 217 Trechsel, MRK 337.
- 218 Schütz 127.
- 219 Vgl. Bern Art. 58 StV, Luzern § 44, Wallis Art. 26 StPO.
- 220 Nach Meyer 88 liegt eine Verletzung der persönlichen Freiheit vor, wenn der Betroffene vor der Prozesshandlung in ein Untersuchungsgefängnis oder in einen "Abstellraum" verbracht wird. G.M., sofern keine absolute Notwendigkeit bestehe, Trechsel, MRK 336.
- 221 Bezüglichkeit der Rechtsgrundlagen im Kanton Zürich vgl. Willfratt 49 ff.; Schütz 115 ff. u. 130 ff.; SJZ 1967 (63) Nr. 115 S. 219; Urteil des Einzelrichters in Strafsachen am BGZ vom 5.11.1965; Beschluss der I. Str.K. des Obergerichts, vgl. Kartothek zu § 68 StPO; vgl. ferner: Antwort des Stadtrates von Zürich auf eine Interpellation im Fall von Roten, bei Hugenberg, Kriminalpolizei 481. Zu Graubünden: Urteil des Kantonsgerichtes vom 24.8. 1961, Kriminalistik 1963 S. 278. Zu Appenzell-Auserrrhoden: Art. 101 StPO.
- 222 Trechsel, MRK 335 f.

- 223 Demgemäss stellt die in Bern Art. 42StrV und Luzern § 54 StPO geregelte "Anhaltung" juristisch eine vorläufige Festnahme dar. A.M. Trechsel a.a.O. und Noll, Strafprozessrecht 78.
- 224 Fischli 340a berichtet in diesem Zusammenhang von kunstvollen polizeilichen Distinktionen, um einer Entschädigungspflicht zu entgehen.

## 2. Abschnitt

### Die Realität der Untersuchungshaft

- 1 Jescheck/Krümpelmann 600 f.
- 2 Robert a.a.O.
- 3 Graber.
- 4 Kuhn.
- 5 Studer.
- 6 Schäuble.
- 7 Schürer.
- 8 Vgl. Art 33 CP.
- 9 Schäuble 16, Tabelle 5.
- 10 Studer 14, Tabelle 5.
- 11 Nach der kleinen Strafprozessreform von 1964 (Deutschland), welche die Voraussetzungen der Untersuchungshaft enger begrenzte, sank die Haftfrequenz um ein Viertel, vgl. Krümpelmann 1060 f.
- 12 Schürer 9, Tabelle 3.
- 13 Vgl. z.B. TA vom 24. April 1976 S. 49 f., Stellungnahme der Bezirksanwaltschaft Zürich.
- 14 Schubarth 47 ff.
- 15 Binswanger/Brandenberger 406 ff.
- 16 Enderli 18 ff.; Schubarth 53; Binswanger 165.
- 17 Das Bezirksgefängnis Zürich, wo zumeist über 100 Untersuchungs- und Sicherheitshäftlinge einsitzen, weist lediglich vier Gemeinschaftszellen auf. Sind alle Zellenzwischenwände tragend?
- 18 Binswanger/Brandenberger 409; Binswanger 165.
- 19 Binswanger/Brandenberger 410; Binswanger 165.
- 20 Zubek John P. (Hrsg.): Sensory deprivation: Fifteen Years of Research, New York 1969, zit. nach Binswanger/Brandenberger 410.
- 21 Binswanger/Brandenberger 412.

- 22 Binswanger/Brandenberger 411; Binswanger 165.
- 23 Vgl. Binswanger/Brandenberger 411 f. und die dort erwähnten Untersuchungen von Ohm, Grünberger und Sulga.
- 24 Schubarth 48 und die dort zit. Literatur.
- 25 Bericht 326.
- 26 Grassberger 327.
- 27 Aschaffenburg 263.
- 28 Grassberger 326.
- 29 Schubarth 49 unter Hinweis auf Hentig.
- 30 Grassberger 329 hält sie für "schlechtweg ausgeschlossen". Zum Zusammenhang von Haftdauer und Strafdauer, vgl. auch Robert 99 ff.
- 31 Schubarth 51.
- 32 Nachweise bei Schubarth 50, Anm. 23.
- 33 Robert 139.
- 34 Umgekehrt argumentiert Schubarth 52 Anm. 30: "Offen bleibt allerdings, ob die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges wirklich durch die Untersuchungshaft präjudiziert wird oder ob nicht die gleichen Faktoren, die einen Haftgrund begründen, auch für eine Verweigerung des bedingten Strafvollzuges sprechen."
- 35 Noll, Vorwort 5.
- 36 Die Gerechtigkeit der Fallentscheidung ist nach Larenz 337 ein wünschenswertes Ziel der Auslegung, aber kein Interpretationskriterium. Gemäss Meier-Hayoz N 154 zu Art. 12 ZGB kann der Richter im Rahmen des Gesetzeswortlauts eine Rechtsfortbildung vornehmen, wenn objektive Gründe ein Abgehen vom entstehungszeitlichen Sinn gebieten. Nach Noll, Gesetzgebungslehre 19, bedarf die richterliche Tätigkeit, im Gegensatz zur Rechtswissenschaft, notwendigerweise einer Reflexionsbegrenzung. Wo diese Platz greifen muss, ist im Einzelfall umstritten. So soll der Richter entsprechend Noll, Arbeits-  
erziehung 155, beim Entscheid über die Anordnung von Massnahmen berücksichtigen, ob diese gesetzmässig vollzogen werden können, was vom Bundesgericht im BGE 77 IV 201 abgelehnt wurde.
- 37 Clerc, Grundzüge 139.
- 38 Vgl. hinten S. 75 ff.

## 2. Kapitel

### Die Anrechnung der Untersuchungshaft

#### 1. Abschnitt

#### Der Grundsatz der Anrechnung

- 1 Meier-Hayoz N 140 zu Art. 1 ZGB 122; Larenz 305;  
Deschenaux H. in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II,  
Stuttgart 1967 S. 80.
- 2 Die Hypothesenbildung wird nach Esser 16 vom Vorver-  
ständnis des Auslegenden bestimmt, die dogmatische  
Begründung dient einer nachträglichen Stimmigkeits-  
kontrolle.
- 3 Deschenaux a.a.O. S. 86 Anm. 57.
- 4 Larenz versucht in seinem Werk, eine Hierarchie der  
Auslegungskriterien aufzustellen (vgl. insbes. 332 ff.);  
Meier-Hayoz begnügt sich mit der Feststellung, dass bei  
widersprüchlichen Ergebnissen der Auslegungsmethoden  
eine Abwägung stattzufinden habe, wobei nicht nur die  
Zahl, sondern auch das Gewicht der Argumente zu be-  
rücksichtigen sei (N 181 zu Art. 1 ZGB S. 131). Zur  
Möglichkeit der Festlegung einer Hierarchie der Inter-  
pretationsmethoden, vgl. Kriele 85 ff.
- 5 Kriele 25; Esser 7.
- 6 Eine Zusammenstellung findet sich bei Enderli XII ff.
- 7 So z.B. Zürich, Basel-Stadt, Luzern, Schaffhausen,  
St.Gallen, Glarus, Obwalden; vgl. Enderli 37.
- 8 Stooß Carl: Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizer-  
ischen Strafgesetzbuches. Basel, Genf 1893 S. 80 f.
- 9 Der Antrag lautete: "Die Untersuchungshaft wird dem  
Verurteilten ganz oder teilweise angerechnet", vgl.  
Protokoll der II. Expertenkommission Bd. I 396.
- 10 Protokoll a.a.O. 413 f.
- 11 Vgl. vorn S. 21.
- 12 Gautier Protokoll a.a.O. 395, ebenso sein Votum vor  
dem Nationalrat, Sten. Bull. NR, Sonderausgabe 214.

- 13 Heim JdT 1964 IV 40.
- 14 Sten. Bull. NR, Sonderausgabe 212.
- 15 Zu den Ausnahmen vgl. nachfolgend S. 67.
- 16 Schubarth 189 f.
- 17 Vgl. hiez u auch Vogt 62; Willfratt 6; Meyer 96.
- 18 Schubarth 190.
- 19 Schubarth 191.
- 20 Schubarth 190.
- 21 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne besagt, dass die Einschränkung eines Grundrechts nur erfolgen darf, wenn sie in einer Relation zur Bedeutung des angestrebten Zieles steht; vgl. Schubarth 41 unter Hinweis auf Lerche 19.
- 22 Schmidt-Lechner 337; LG Köln, Beschluss vom 9.6. 1964 NJW 1964 S. 1816.
- 23 Vgl. z.B. BStP Art. 44, Graubünden Art. 83 StPO, Aargau § 67 StPO.
- 24 Vgl. z.B. Zürich § 49 Abs. 2, Thurgau § 115 Abs. 2 Satz 2 StPO, weitere Nachweise bei Schubarth 146.
- 25 Schubarth 210.
- 26 Schubarth a.a.O.
- 27 Schorn Hubert: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihr Zusatzprotokoll in Einwirkung auf das deutsche Recht. Frankfurt a.M. 1965 S. 221.
- 28 BGE 73 IV 95, 76 IV 23, 81 IV 22, 90 IV 70, 95 IV 129.
- 29 So z.B. die Nichtanrechnung der Haft infolge eines Fluchtversuchs (vgl. Enderli 57) oder wegen Aussageverweigerung (Nussli 39).
- 30 Dubs, Anrechnung 183 ff.
- 31 Heim JdT 1964 IV 40 ff. 1965 IV 37.
- 32 Ebenso Schultz ZBJV 1966 (102) 346 f., 1970 (106) 344, Einführung 83; Zirilli 142.
- 33 Vgl. Fussnoten 30, 31 und 32.

- 34 BGE 73 IV 94; im Entscheid selbst wird jedoch allein ein ursächliches Verhalten für den Ausschluss der Anrechnung verlangt.
- 35 Jescheck/Krümpelmann 978 f. Zwingende Anrechnung der Untersuchungshaft kennen: Belgien, Frankreich, Deutsche Demokratische Republik, Italien, Jugoslawien, Spanien, Tschechoslowakei, Ungarn, Sowjetunion.
- 36 Heim JdT 1964 IV 40.
- 37 Dubs, Anrechnung 193.
- 38 Schultz ZBJV 1966 (Ia2) 346 f.
- 39 Vgl. hinten S. 39 f.
- 40 VE 1908 Art. 57.
- 41 Dreher 969.
- 42 Vgl. Erdmann Paul (ehemaliger Direktor der United California Bank in Basel): Der Milliarden Dollar-Schnitt. Deutsche Ausgabe, München 1974.
- 43 Dubs, Anrechnung 184 u. 192; Heim JdT 1964 IV 42 f.; Bonnard JdT 1960 IV 73; Dreher 969.
- 44 Dubs, Anrechnung 186 f.
- 45 Dubs a.a.O. 188; Heim a.a.O. 41; Nussli 39; Dreher 971.
- 46 Heim a.a.O 41 f., JdT 1965 IV 37; Enderli 58.
- 47 Schultz, Einführung 85.
- 48 BGE 73 IV 94.
- 49 BGE Ia2 IV 157; ebenso BGE 76 IV 23, 84 IV Ia, 86 IV 9, 90 IV 70 und RGSt 38 S. 183, 71 S. 141.
- 50 Germann 25.
- 51 Dreher 968.
- 52 Dencker 627 ff.
- 53 Dreher 968.
- 54 Dencker 627.
- 55 Vgl. jedoch Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung Art. 6 Abs. 2 (Schadenersatz des Staates): "Er haftet auch für den Schaden, den seine Organe rechtmässig verursacht haben, wenn Einzelne davon schwer betroffen sind und ihnen nicht zugemutet werden kann, den Schaden selbst zu tragen."

- 56 Vgl. z.B. BStP Art. 122, Zürich § 43, Luzern § 280 StPO.
- 57 Vgl. nachfolgend S. 75 f.
- 58 Statt vieler Jescheck 42 ff., mit ausführlichen Literaturhinweisen.
- 59 Ebenso wohl Dubs, Anrechnung 187, der von Sühne spricht, vermutlich aber Vergeltung meint. "Sühne" ist eine nicht erzwingbare, selbständige sittliche Leistung des Betreffenden; vgl. Noll, Begründung der Strafe 8 f.; Jescheck 46.
- 60 Vgl. BGE 73 IV 10.
- 61 Schultz, Einführung 177.
- 62 Dreher 968.
- 63 Jescheck/Krümpelmann 977. Die kurzfristige Freiheitsstrafe weist kaum resozialisierende Wirkung auf, sondern erhöht vielmehr die Rückfallgefahr (Verlust des Arbeitsplatzes, Lockerung der Sozialbeziehungen, Zugang zur kriminellen Subkultur im Gefängnis); vgl. AE, Vorbemerkungen zum Strafsystem 75; Quensel Stephan in: Baumann Jürgen (Hrsg.): Misslingt die Strafrechtsreform? Darmstadt 1969 S. 108 ff.
- 64 Vgl. hinten S. 117.
- 65 Schwander, Strafgesetzbuch N 432 lit. b 236; Dubs, Anrechnung 181.
- 66 Vgl. vorn S. 37.
- 67 Schönke/Schröder N 1 zu § 51 StGB.
- 68 BGE 102 IV 160.
- 69 BGE 70 IV 50, ZR 1953 (52) Nr. 116 S. 196.
- 70 Vgl. vorn S. 27 f.
- 71 VEB 1954 Nr. 95 S. 197.
- 72 BGE 84 IV 10; Schwander, Rückfall 343 ff.; Zirilli 164.
- 73 BGE 84 IV 9 f.
- 74 Vgl. hinten S. 129 ff.
- 75 Vgl. Fähr 49.
- 76 Ebenso im Ergebnis Schubarth 192 u. 196 f.
- 77 Vgl. z.B. Zürich Art. 7 KV, Luzern § 280, Uri § 170 StPO.

## 2. Abschnitt

### Der Ausschluss der Anrechnung

- 1 Vgl. nachfolgend S. 83 ff.
- 2 Vgl. Oftinger Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. A. Zürich 1975 S. 135.
- 3 Kritisch von Büren Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Zürich 1964 S. 257 f.
- 4 Jescheck 2o7; Heimann-Troisien LK Bd. I Einl. N 89.
- 5 Vgl. Jescheck insbes. S. 2o8; Walder, Kausalität 121.
- 6 Vgl. Heimann-Troisien LK a.a.O. N 97.
- 7 Nach der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie ist der Kausalzusammenhang immer dann gegeben, wenn eine Handlung des Täters nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen. Alle Ursachen eines Erfolges werden als gleichwertig behandelt, auch entfernte; vgl. Jescheck 2o8 ff.; Schönke/Schröder N 73 ff. Vorbem. §§ 13 ff.
- 8 Schönke/Schröder a.a.O. N 74; Jescheck 21o ff. mit Kritik an verschiedenen Rettungsversuchen der Formel.
- 9 Die Adäquanztheorie bezeichnet als ursächlich nur diejenigen Bedingungen, welche generell geeignet sind, den konkreten Erfolg herbeizuführen; vgl. Jescheck 213; Schönke/Schröder a.a.O. N 91.
- 10 Danach ist ein bestimmtes Verhalten ursächlich, wenn es mit dem Erfolg durch eine Reihe von Veränderungen gesetzmässig verbunden ist. Zu fragen ist demnach nicht, ob der Erfolg auch ohne die Handlung eingetreten wäre, sondern ob die konkrete Handlung im konkreten Erfolg tatsächlich wirksam geworden ist; Schönke/Schröder a.a.O. N 76; Jescheck 212.
- 11 Übersetzung aus dem Französischen, Praxis 58 Nr. 156 S. 539.
- 12 Vgl. auch BGE 9o IV 7o.
- 13 Entscheid S. 23.
- 14 BGE 7o IV 183, 73 IV 92, beiläufig bestätigt in BGE 81 IV 17 und 9o IV 7o.
- 15 Vgl. nachfolgend S. 90 f.
- 16 Vgl. nachfolgend S. 89 f.

- 17 Vgl. z.B. Schönke/Schröder N 82 Vorbem. §§ 13 ff.
- 18 Vgl. Schönke/Schröder a.a.O. N 84.
- 19 Vgl. Art. 6 Abs. 2 MRK.
- 20 Auf dem Boden einer ontologischen Kausalitätsauffassung lässt sich auch von einer fehlenden Erfolgszurechnung trotz Kausalität sprechen; vgl. vorn S. 82.
- 21 BGE 101 IV 149; unveröffentlichter Entscheid vom 19. April 1974 i.S. O., zitiert nach Häuser/Rehberg 90; Rutz 369 f. mit weiteren Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur.
- 22 Vgl. Schönke/Schröder N 82 Vorbem. § 13 ff.; Baumann J. 456.
- 23 Ebenso Enderli 55.
- 24 BGE 103 IV 10.
- 25 Dubs, Anrechnung 189.
- 26 Vgl. hinten S. 93.
- 27 Schönke/Schröder N 85 Vorbem. §§ 13 ff.
- 28 Verfehlt daher z.T. die Erwägungen in BGE 81 IV 23.
- 29 Vgl. nachfolgend S. 93.
- 30 BGE 73 IV 93, 95 IV 130. Unbedenklich erscheint diese Formulierung, wenn man sie lediglich auf die Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts bezieht.
- 31 Schönke/Schröder N 73 Vorbem. §§ 13 ff.
- 32 Bericht S. 326.
- 33 Nur in BGE 97 IV 161 wird bauläufig erwähnt, die Auslieferungshaft sei einzig auf das Verhalten des Täters zurückzuführen.
- 34 Vgl. Fussnote 28 S. 68.
- 35 Entscheid S. 157 f.
- 36 Entscheid S. 153.
- 37 Hafter 356.
- 38 Logoz N 3a zu Art. 69 S. 380.
- 39 Vgl. Votum Seiler zitiert vorn S. 65; Nussli 39; Enderli 54 ff.; ZR 1942 (41) Nr. 45 S. 119.

- 40 RS 1965 Nr. 138 S. 138, entgegen 1963 Nr. 169 S. 107.
- 41 Vgl. ZR 1969 (68) Nr. 33 S. 85, 1970 (69) Nr. 37 S. 101, 1977 (76) Nr. 72 S. 180.
- 42 Eine Ausnahme bildete der Fall BGE 76 IV 21. Das Bundesgericht entschied, dass den Verurteilten Eberle und Soltermann die Anrechnung der Untersuchungshaft zu verweigern sei, weil sie nach der Tat aus der Schweiz ausgeweist waren. Offen blieb, ob sich die Betreffenden dem Strafverfahren entziehen wollten.
- 43 Dünnebier LR N 47 zu § 112 StPO.
- 44 BGE 70 IV 56.
- 45 Sem. jud. 1973 S. 403 ff. = RS 1974 Nr. 719 S. 101.
- 46 Art. 104 CPP.
- 47 Zindel 38 u. 94.
- 48 Vgl. Kleinknecht/Janischowsky 10 ff.; Schubarth 85 ff. mit Kritik an der Bedeutung einzelner Indizien.
- 49 Dünnebier LR N 48 zu § 112 StPO.
- 50 Schubarth 88 mit Kritik.
- 51 Walder, Vernehmung 57; Meyer LR N 1 zu § 136a.
- 52 Enderli 57; Nussli 34 ff.; Dubs, Anrechnung 189 f.; Zirilli 132 f.
- 53 Tröndle LK N 46 zu § 60.
- 54 Vgl. vorn Fussnote 41.
- 55 BGE 102 IV 159.
- 56 Schubarth 95 ff. mit Kritik an Meyer 110 ff.
- 57 OLG Köln in NJW 1959 S. 544; Kleinknecht/Janischowsky N 75 S. 23.
- 58 Vgl. hinten S. 115 f.
- 59 Vgl. Trechsel, Revision 275 f.
- 60 Vgl. z.B. Bern Art. 111 Abs. 2 lit. c StrV.
- 61 Vgl. z.B. Luzern § 80 Abs. 2 Ziff. 5, Solothurn § 42 Abs. 2 lit. d StPO.
- 62 Vgl. vorn S. 88 f.
- 63 Dubs, Anrechnung 188.

- 64 BGE 81 IV 23, 91 IV 4.
- 65 Vgl. vorn S. 88 f.
- 66 Vgl. vorn S. 84.
- 67 Vgl. hiezv ausführlich hinten S. 103 ff.
- 68 Die gesetzliche Terminologie ist inkonsequent.  
Art. 69 StGB spricht vom "Täter".
- 68a Vgl. zum Problem der wahrheitswidrigen Aussage hinten S.108.
- 69 BGE 70 IV 57.
- 70 BGE 81 IV 24, bestätigt in 86 IV 9.
- 71 Vgl. vorn S. 56 f.
- 72 Dubs, Anrechnung 191; Schubarth 191; Zirilli 137.
- 73 Zirilli a.a.O.
- 74 Schneeberger 80 ff.
- 75 BGE 81 IV 24.
- 76 Bonnard JdT 1960 IV 138; Schultz, Einführung 85.
- 77 Das Verbinden von Nachteilen mit dem Ergreifen eines  
Rechtsmittels steht einem Rechtsstaat nicht gut an;  
Schultz a.a.O.
- 78 98 Ia 53 E 3. Vgl. ferner z.B. Zürich § 8 Abs. 1 AnwG:  
"Im Rahmen seines Auftrages ist er dem Richter behilf-  
lich, das Recht zu finden." Bisweilen wird der Anwalt  
gar als Organ der Rechtspflege bezeichnet; Nachweise  
bei Henggeler 70.
- 79 Canetti, Kapitel: Frage und Antwort, Ueberschrift:  
Elemente der Macht. S. 11 ff.
- 80 Dubs, Anrechnung 188 f.; Bonnard JdT 1960 IV 72;  
Heim JdT 1964 IV 41; Nussli 39; Schultz, Einführung  
84; Zirilli 134 f; Bedenken auch bei Walder, Ver-  
nehmung 216.
- 81 Zum geschichtlichen Ablauf vgl. Foucault.
- 82 Schreieder 4.
- 83 Schreieder a.a.O.
- 84 Generell gegen eine Aussage- bzw. Wahrheitspflicht:  
Pfenninger H.F.: Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten  
im schweizerischen Strafverfahren, in: Probleme des

schweizerischen Strafprozessrechtes. Zürich 1966  
 S. 105. Noll, Strafprozessrecht 47. Für ein Schweige-  
 recht: BGE 98 Ia 252, 103 IV 10; Clerc, Initiation  
 153; Hauser, Lehrbuch 150. Die einzelnen Prozessord-  
 nungen regeln die Frage, wenn überhaupt, nur beiläufig  
 und lückenhaft. Basel-Stadt § 26 Abs. 1 StPO lehnt  
 eine Aussagepflicht ausdrücklich ab. Nach Appenzell-  
 Innerrhoden Art. 34 Abs. 4 StPO und Tessin Art. 131  
 Abs. 2 CPP hat der Untersuchungsrichter dem Beschul-  
 digten mitzuteilen, dass sein Schweigen als Schuld-  
 indiz betrachtet werden könne. Diese beiden Bestimmungen  
 verstossen gegen die Unschuldsvermutung von Art. 6  
 Abs. 2 MRK (Hauser, Grundzüge 64). Gemäss Uri § 42,  
 Thurgau § 94 Abs. 1 StPO und St. Gallen Art. 64 Abs. 1  
 StP ist der Beschuldigte vor dem Verhör zur Wahrheit  
 zu ermahnen. Aus solchen Regelungen eine Aussage-  
 oder Wahrheitspflicht abzuleiten, wie dies Schreieder  
 5 f. tut, erscheint fragwürdig. Die in Genf Art. 104  
 CPP vom 7. Dezember 1940 statuierte Aussagepflicht  
 (nach Walder, Vernehmung 71 Anm. 50 auch Wahrheits-  
 pflicht) wurde in der rev. Strafprozessordnung vom  
 29. September 1977 nicht wieder aufgenommen. Die  
 Zürcher StPO kennt keine Aussage- bzw. Wahrheitspflicht,  
 vgl. ZR 1957 (56) Nr. 79 S. 73, 1974 (73) Nr. 44  
 S. 110, a.M. Walder a.a.O. 71 ff.

- 85 BGE 70 IV 183.
- 86 BGE 73 IV 92; unveröffentlichter Entscheid vom 19.  
 April 1955 i.S.B., zit. nach Walder a.a.O. 217 Anm. 10.
- 87 Unveröffentlichter Entscheid vom 16. Februar 1956  
 i.S.P., zit. nach Walder a.a.O. Anm. 11.
- 88 Unveröffentlichter Entscheid vom 19. April 1955 i.S.B.,  
 zit. nach Walder a.a.O. 217.
- 89 Vgl. Fussnote 80.
- 90 Genf: RS 1974 Nr. 718 S. 101 (kritisiert von Barde  
 E. Sem. jud. 1973 S. 411 f.); Waadt: JdT 1970 IV 93  
 (Schweigen, Lügen); Freiburg: RS 1949 Nr. 116 S. 41  
 (Bestreiten); St. Gallen: RS 1946 Nr. 97 S. 41 (Nicht-  
 anrechnung nur bei erheblicher Verlängerung des Ver-  
 fahrens durch falsche Aussagen). Auf dem Boden der  
 früheren bundesgerichtlichen Rechtssprechung standen:  
 Schwyz: RS 1971 Nr. 9 S. 6, Wallis RS 1962 Nr. 158  
 S. 104.
- 91 Entscheid S. 10 f.
- 92 Entscheid S. 11.
- 93 Entscheid S. 11.
- 94 Schultz, Einführung 84 f.

- 95 Vgl. vorn S. 86 f.
- 96 BGE 102 IV 157 f.
- 97 Vgl. nachfolgend S. 113.
- 98 Entscheid S. 8.
- 99 Vgl. Hauser, Lehrbuch 150.
- 100 Vgl. vorn Fussnote 84.
- 101 Vgl. vorn S. 94 f.
- 102 Hauser, Lehrbuch 151.
- 103 Vgl. Tröndle LK N 46 zu § 60.
- 104 Vgl. jedoch die Kritik an der diesbezüglichen Rechtsprechung bei Noll, Strafprozess 48, und Clerc, Initiation 153 f.
- 105 Walder, Vernehmung 72; Hauser, Lehrbuch 150.
- 106 Verfehlt daher BGE 70 IV 56 f.
- 107 Linck 715 ff. mit weiteren Literaturhinweisen. Der Verfasser verlangt für die Zulässigkeit einer Zwangs-  
ernährung drei Voraussetzungen:
- eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage,
  - die nicht anders abwendbare Gefahr des Eintritts der Verhandlungs- oder Hafterstehungs-fähigkeit,
  - die Zumutbarkeit für den Betroffenen (Verhältnismässigkeit der Massnahme, keine Zwangs-ernährung bei einem Verstoß gegen die Menschenwürde).
- Hug-Beeli 239 f. leitet die Notwendigkeit der Zwangs-ernährung aus der besonderen Fürsorgepflicht des Staates im Haftverhältnis ab. Nach dem Verfasser ist diese Massnahme schon bei einer Gefährdung der Anstalts-ordnung (Sympathiekundgebungen) möglich. Hug unter-schätzt jedoch die mit dem Eingriff verbundenen Ge-fahren und die Widerwärtigkeit der Prozedur. Zu den Gefahren, vgl. Linck a.a.O. 717. Einen ausgewogenen Standpunkt vertritt der Zürcher Regierungsrat. Nach ihm soll ein Gefangener, der im Zustand voller Urteils-fähigkeit den Entschluss zum Hungerstreik fasst, nicht zwangsweise ernährt werden. Erst bei fehlender Urteilsfähigkeit, wenn der Streikende die Tragweite seines Entschlusses nicht, oder nicht mehr, abzusehen vermag, ist nach Ansicht der Zürcher Regierung eine Zwangs-ernährung ins Auge zu fassen, soweit und solange dies medizinisch im Rahmen vertretbarer Risiken mög-lich und zumutbar sei. Vgl. Antwort des Regierungs-rates vom 26. September 1977 auf eine Anfrage Duft, Protokoll des Kantonsrates 1977 S. 6829.

- 108 Schmidt E. 306; Dünnebier LR N 46 zu § 112 StPO;  
Linck 717.
- 109 Enderli 56; Nussli 31.
- 110 So z.B. Glarus Art. 41 StGB: "Wenn die Untersuchungs-  
haft gegen einen Angeklagten ohne sein Verschulden  
unverhältnismässig lange gedauert hat, so soll sie  
ihm bei der Ausfällung des Urteils auf angemessene  
Weise von der sonst verwirkten Strafe abgerechnet  
werden!" Ähnlich St.Gallen, Obwalden, Luzern; Nach-  
weise bei Enderli XII ff.
- 111 BGE 97 IV 161, 102 IV 160.
- 112 Vgl. Trechsel, durée raisonnable, insbes. 131 ff;  
Zirilli 54.
- 113 Botschaft des Bundesrates über eine Teilrevision  
des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BB1 1965 I 603.
- 114 Schultz, Einführung 85.

### 3. Abschnitt:

#### Die Durchführung der Anrechnung

- 1 Vgl. vorn S. 63.
- 2 Thormann/Overbeck N 3 zu Art. 69 S. 226.
- 3 Enderli 65.
- 4 Nussli 50 f; Logozi N 3 zu Art. 69 S. 379.
- 5 Für den Kanton Genf, vgl. Jescheck/Krümpelmann 651.
- 6 Dübi 74.
- 7 ZR 1944 (43) Nr. 28 S. 76.
- 8 Thormann/Overbeck N 19 zu Art. 110 S. 284 f.
- 9 RS 1962 Nr. 68 S. 43.
- 10 Thormann/Overbeck a.a.O.
- 11 Vgl. den vorstehend, Fussnote 7, zit. Entscheid.
- 12 Vgl. vorn S. 49.
- 13 Rehberg, Massnahmen 164.
- 14 Art. 42 Ziff. 1 am Ende.
- 15 Die Einführung des monistischen Systems wurde anlässlich der Gesetzesrevision von 1971 von der Expertenkommission befürwortet, vom Bundesrat jedoch abgelehnt; vgl. Botschaft BB1 1965 I 573.
- 16 Zirilli 158.
- 17 Botschaft a.a.O. 574.
- 18 Vordem bestand zwischen dem Bundesrat als oberster Aufsichtsinstanz über den Strafvollzug und dem Kassationshof des Bundesgerichts ein positiver Kompetenzkonflikt, der durch die ursprünglich unterschiedliche Rechtsprechung noch verschärft wurde. Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, zwischen dem Entscheid, ob bei der Berechnung der dreijährigen Mindestdauer der Massnahme von der in der Verwahranstalt selbst zugebrachten Zeit die erlittene Untersuchungshaft ganz oder teilweise in Abzug zu bringen sei, und der Feststellung des Richters, ob gemäss Art. 69 StGB die Untersuchungshaft auf die ausgefallte Freiheitsstrafe

angerechnet werden könne, bestehe kein Unterschied. Es gehe in beiden Fällen um die Frage, wie lange die durch Urteil angeordnete Freiheitsentziehung mit Rücksicht auf die erstandene Untersuchungshaft noch zu dauern habe. Dieser Entscheid könne nur dem Richter zustehen. Vgl. BGE 85 IV 9, 87 IV 3. Eine Anrechnung der UH auf die Mindestdauer der Verwahrung lehnte das Bundesgericht während Jahren ab. Vgl. BGE 69 IV 53, 75 IV 97, 77 IV 80. Den gegenteiligen bundesrätlichen Standpunkt - sowohl bezüglich der Kompetenzfrage, als auch der Anrechnung selbst - vertrat Kurt 80. ff. (mit Hinweisen auf die entsprechenden Entscheide des Bundesrates). Im Entscheid BGE 87 IV 1 übernahm dann das Bundesgericht die Praxis des Bundesrates betreffend die Anrechenbarkeit der Untersuchungshaft.

- 19 BGE 69 IV 53, 87 IV 1.
- 20 Botschaft 1965 I 574 f.
- 21 Vgl. BGE 87 IV 5.
- 22 Kurt 86 ff.; Lavanchy 88 f.
- 23 Generell gegen die Anrechnung der UH auf Massnahmen: Thormann/Overbeck N 3 u. 6 zu Art. 69 S. 226; Logoz l.A. 1939 N 5 zu Art. 69 S. 298; Hafter 357; Enderli 69; Pfenninger 35 ff. Gegen die Anrechnung auf die Dreijahresfrist, aber für die Berücksichtigung der Untersuchungshaft bei der durch die Strafzeit bestimmten Frist: Nussli 57 ff.
- 24 Schultz 177; Rehberg, Behandlung des Rückfälligen 289; Zirilli 158.
- 25 Rehberg a.a.O. 279.
- 26 Zirilli 158.
- 27 Die Gesamtdauer der Massnahme bei mehrfacher Rückversetzung nach bedingter Entlassung darf sechs Jahre nicht übersteigen (Art. 45 Ziff. 3 Abs. 6 StGB).
- 28 Schwander, Strafgesetzbuch N 433a S. 238; im Ergebnis auch Zirilli 158.
- 29 Zirilli a.a.O.
- 30 Zirilli 159.
- 31 Zirilli a.a.O.
- 32 Botschaft 1965 I 600; ebenso Pfenninger 36.
- 33 BGE 73 IV 11.
- 34 Kurt 82.

- 35 Schultz, Einführung 156.
- 36 Vgl. Noll, Arbeitserziehung, insbes. 151.
- 37 Vgl. vorn Fussnote 18.
- 38 Ausnahmsweise kann der Richter bei Zwecklosigkeit der Massnahme und bei Verzögerungen im Vollzug - ein Unikum im schweizerischen Strafrecht - nachträglich eine Strafe ausfällen; vgl. Schultz, Einführung 166 mit Kritik.
- 39 So bedeutet das Fakultativum "kann" bei den Massnahmen nach Art. 42 ff. StGB nicht freies Belieben. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, dann hat der Richter die entsprechenden Massnahmen anzuordnen; vgl. Schwander, Strafgesetzbuch N 460a S. 263.
- 40 Thormann/Overbeck N 5 zu Art. 69 S. 226.
- 41 Hafter 356 f.
- 42 Clerc, Grundzüge 140.
- 43 Schultz, Einführung 110.
- 44 Enderli 66 f.
- 45 Hafter 356. Die Gefahr, dass die Gerichte die Anrechnung der Untersuchungshaft vergessen, ist im Falle der Gewährung des bedingten Strafvollzugs besonders hoch; vgl. Schürer 56; Studer 93.
- 46 Zirilli 148.
- 47 Entscheid S. 211 f.
- 48 Hafter 333; Nussli 67; Schwander, Strafgesetzbuch N 359a S. 180; Schultz, Einführung 90; Zirilli 160.
- 49 BGE a.a.O. S. 210.
- 50 BGE 84 IV 10; Schwander, Rückfall 356 f.; Zirilli 164.
- 51 Vgl. nachfolgend S.
- 52 Hafter 370; Logozi N 3 zu Art. 67 S. 380; Schwander, a.a.O. Strafgesetzbuch N 361a S. 183 f. u. N 382a S. 201; Rehberg, Behandlung des Rückfälligen 274.
- 53 BGE 84 IV 9 f, ebenso 103 IV 148.
- 54 Schultz, Einführung 77 f.
- 55 Schultz a.a.O. S. 75, bedingter Strafvollzug 58.

- 56 BGE 84 IV 10; MKG Bd. 7 Nr. 10 S. 15; Logoz N 3 zu Art. 67 S. 380; Schwander Rückfall 356 f.
- 57 So konsequent Bonnard JdT 1958 IV 39 ff.
- 58 Vgl. Zirilli 163. Unklar Schwander, Rückfall 357: "Mindestens von der Rechtskraft des Strafurteils an gilt der vorzeitige Strafvollzug als Strafverbüßung."
- 59 Schwander a.a.O. 356; Rehberg a.a.O. 273.
- 60 Hafter 287 u. 355; Enderli 73; Nussli 68 ff.; Schwander, Strafgesetzbuch N 353 S. 175; Zirilli 166.
- 61 Entscheid vom 29. Februar 1944 i.S. Arrigoni (betr. MStGB) ZStR 1944 (58) 376; Entscheid vom 18. Dezember 1944 i.S. Keller ZStR 1945 (59) 349; Entscheid vom 13. Dezember 1945 i.S. Schwab und Runser ZStR 1946 (60) 195; Entscheid vom 13. August i.S. Tröhler ZStR 1947 (61) 62. Vgl. auch Entscheid der Justizdirektion des Kantons Zürich, in: SJZ 1951 (47) Nr. 126 S. 349.
- 62 Entscheid vom 18. Dezember 1944 i.S. Keller, zit. Fussnote 61.
- 63 Nussli 45.
- 64 Enderli 74f.
- 65 BGE 85 IV 13.
- 66 Schönke/Schröder N 10 zu § 51; beiläufig auch BGE a.a.O.
- 67 BGE 77 IV 6, bestätigt in BGE 85 IV 13. (Entgegen Schultz, Einführung 85 liegt keine Praxisänderung vor.)
- 68 Waiblinger ZBJV 1954 (90) 448 f.; Dubs, Anrechnung 185 f., Fischli S. 325a f.; Zirilli 142; ebenso schon Enderli 74 ff.
- 69 Waiblinger a.a.O.
- 70 Dubs a.a.O.
- 71 Tröndle LK N 26 zu § 60; Schönke/Schröder N 10 zu § 51.
- 72 A.M. Tröndle a.a.O. N 29.
- 73 Tröndle LK N 1 zu § 60 mit Hinweisen auf die frühere Rechtssprechung.
- 74 Tröndle a.a.O. N 36; Schönke/Schröder N 1 zu § 51.
- 75 Tröndle a.a.O. N 16-19; Schönke/Schröder a.a.O. N 5.

- 76 Tröndle a.a.O. N 26.
- 77 Tröndle a.a.O. N 44; ebenso Schönke/Schröder a.a.O. N 18.
- 78 Dreher 970, unter Hinweis auf die Beratungen anlässlich der Gesetzesrevision.
- 79 Schönke/Schröder a.a.O. N 18.
- 80 Schönke/Schröder a.a.O. N 19.
- 81 Tröndle a.a.O. N 48.
- 82 Tröndle a.a.O. N 49; Schönke/Schröder a.a.O. N 20.
- 83 Tröndle a.a.O. N 48.
- 84 Dalloz N 6 zu Art. 24.
- 85 Haftbefehl gegen einen flüchtigen Beschuldigten, vgl. Grebing, UH 103 ff.
- 86 Haftbefehl gegen einen anwesenden Beschuldigten, vgl. Grebing a.a.O. 95 ff.
- 87 Die Polizei ist gemäss Art. 73 CPP zur vorläufigen Festnahme des flagranten Täters ermächtigt. Zusätzlich steht jedem "officier de la police judiciaire" nach Art. 63 Abs. 2 CPP das Recht zu, eine dringend tatverdächtige Person dem Staatsanwalt vorzuführen. Zur eigentlichen Polizeihaft ("garde à vue") vgl. Grebing a.a.O. S. 45 ff.
- 88 Dalloz a.a.O. N 4.



## LEBENS LAUF

Ich wurde am 21. Mai 1949 in Zürich geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Zürich und des Gymnasiums, Typus A, am Kollegium Disentis immatrikulierte ich mich im Herbst 1969 an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Meine Studien schloss ich dort im Februar 1974 mit dem Lizentiat ab. Im Anschluss an ein einjähriges Gerichtspraktikum am Bezirksgericht Zürich erwarb ich im Februar 1976 das zürcherische Rechtsanwaltspatent. Danach war ich für verschiedene Anwälte auf dem Platz Zürich tätig.









Bönecke-Druck 3392-Clausthal Z. 29